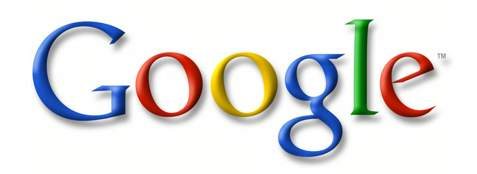
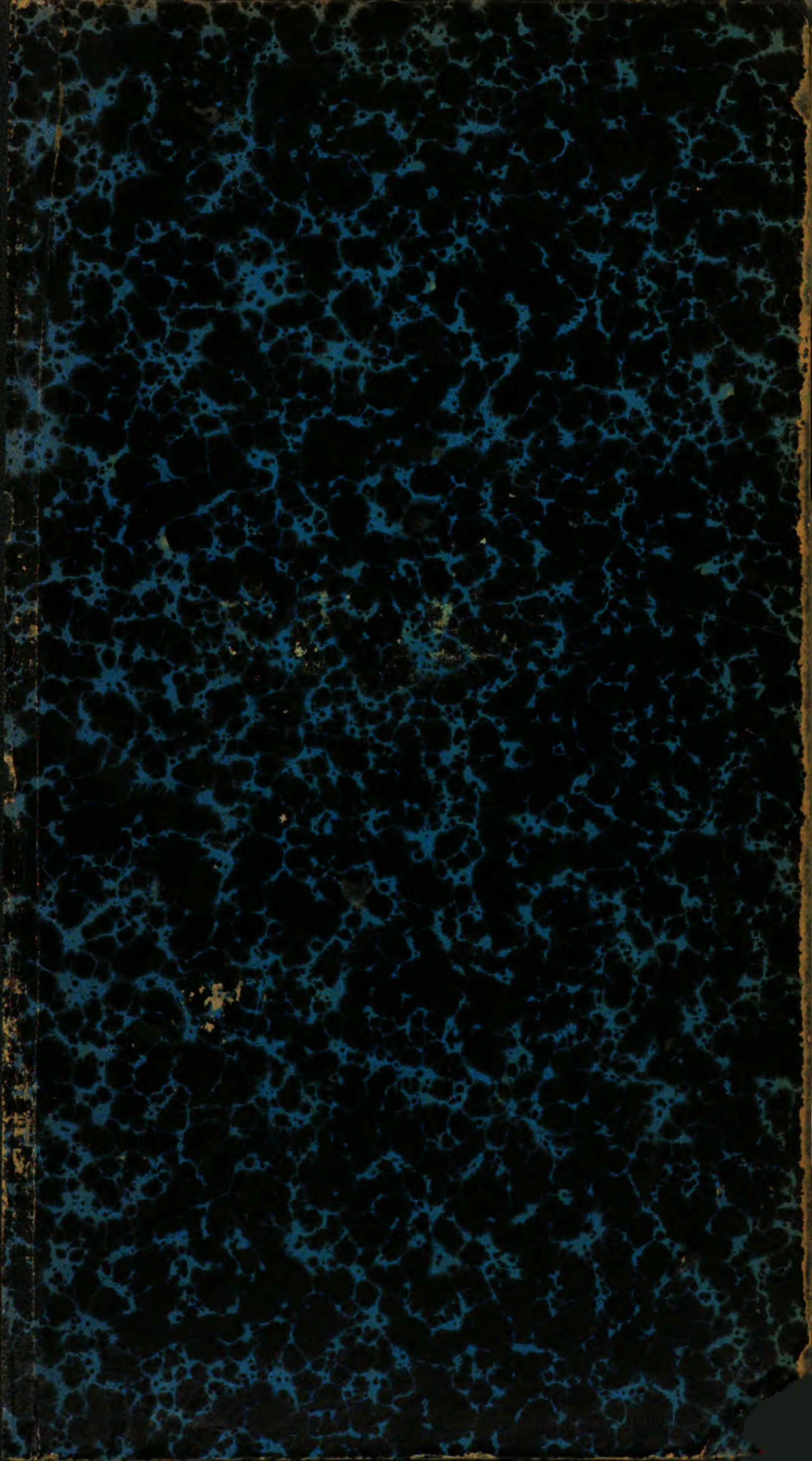
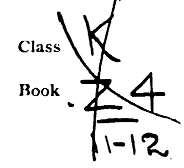







UNIVERSITY OF WISCONSIN - MADISON
LIBRARY

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. BEKKER, A. PERNICE, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER.

ELFTER BAND

XXIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

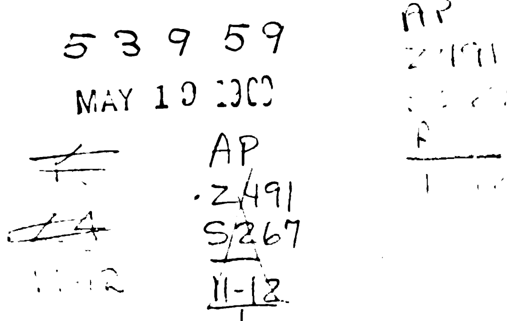
WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1890.







WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.



Inhalt des XI. Bandes

Romanistische Abtheilung.

Seite

Litteratur:

I.

Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.

Von

Herrn Prof. Dr. **Eisele**
in Freiburg i. Br.

Zweiter Beitrag.

Auch auf die in diesem zweiten Beitrag zusammengestellten Interpolationen habe ich früher (Bd. VII dieser Zeitschrift S. 18) gelegentlich hingewiesen. Es sind erläuternde Zusätze, meist kurz und insoweit Glossen vergleichbar. Dass solche Erläuterungen auch von classischen Juristen gegeben werden, ist zweifellos, wie dass hieraus Unsicherheit im concreten Fall entstehen kann, namentlich wenn man noch in Betracht zieht, dass die Compilatoren nicht alle Erläuterungszusätze, die sie machten, frei componiren mussten, sondern auch dazu classische Vorlagen verwenden konnten. So z. B. halte ich in l. un. § 1 C. de thes. 10, 15 den Zusatz zu dem Wort thesaurum: id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia für interpolirt, weil das Wort thesaurus schon im pr. steht, und dort hätte definirt werden müssen, wenn man es überhaupt definiren wollte; aber ich vermuthe, dass dabei die Thesaurus-Definition eines classischen Juristen benutzt ist.

Echte Erläuterungen sind z. B. l. 11 § 6 ad leg. Aquil. (9, 2): ero, hoc est domino; l. 3 § 13 de adq. vel am. poss. (41, 2): quatenus sub custodia nostra sint . . id est

quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Man vergleiche mit diesen und ähnlichen Erläuterungen die im Folgenden zusammengestellten und man wird den Unterschied nicht verkennen können. Bei l. 13 pr. rat. rem (46, 8): in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui habe ich den in mir (im Hinblick auf l. un. § 2 C. de sent. quae pro eo q. int. (7, 47) aufsteigenden Zweifel unterdrückt.

Die Frage, ob es sich nicht, zum Theil wenigstens, um nachjustinianische Glosseme handle, legt sich hier ganz besonders nahe und kann nicht schlechthin verneint werden, zumal es sich hier nicht, wie bei den Nisi-Sätzen, um eine besondere Liebhaberei der Compilatoren handelt. Immerhin aber kann geltend gemacht werden, dass bei der Beschaffenheit des Florentinus auch hier die Vermuthung gegen spätere Glosseme streitet. Anders steht die Sache mit der Frage vorjustinianischer Glosseme. Zusätze, wie die folgenden, sind ohne allen Zweifel auch in die cursirenden Schriften der classischen Juristen gekommen und von den Abschreibern in den Text aufgenommen worden. Namentlich wird dies von den häufiger gebrauchten Schriften gelten, also besonders von denjenigen der in Valentinians Citirgesetz genannten Juristen. Ich will mich aber auf eine Erörterung darüber, welche der im folgenden verzeichneten Zusätze von den Compilatoren herrühren und welche sie in ihren Vorlagen schon vorfanden, nicht einlassen und nur bemerken, dass solche Zusätze, welche anderweitig festgestellte Manieren und Eigenthümlichkeiten der Compilatoren an sich tragen, natürlich diesen vindicirt werden müssen, wogegen es nicht richtig wäre, alle anderen ohne weiteres für ältere Glosseme zu erklären. Ob eine sichere Scheidung dieser mehr farblosen Zusätze in compilatorische und vorcompilatorische später möglich sein wird, darf bezweifelt werden; das, was jetzt schon erreichbar ist, nämlich die Erkenntniss, dass die betreffenden Sätze nicht von einem classischen Juristen herrühren, ist zum Glück auch das Wichtigste.

Dass man bei solchen Sätzen und Satztheilen in den Digesten, welche nicht von dem Juristen herrühren, dem sie nach der Inscription des Fragments gehören, auch mit vorjustinia-

nischen Glossemen zu rechnen habe, ist schon von Cogliolo in einer Abhandlung „la storia del diritto romano e le interpolazioni nelle pandette" (Arch. giur. XLI p. 188 ff. und Separat-Ausgabe Bologna 1888) ausgesprochen worden. Er ist der Meinung, es sei im allgemeinen wahrscheinlicher, dass ein älteres Glossem vorliege, welches in das Werk der Compilatoren überging, als eine Interpolation (S. 189 bezw. 4) und motivirt dies damit, dass zur Zeit Justinians die Entwickelung des römischen Rechts grossentheils abgeschlossen gewesen sei (S. 200 bezw. 15). Das kann man zugeben, wenn man an naturwüchsige Entwickelung von innen heraus denkt; allein darauf kommt es bei Annahme von Interpolationen nicht an, sondern nur darauf, ob das Recht geändert worden ist. Da kann aber nicht bestritten werden, dass unter keinem Kaiser, Augustus vielleicht ausgenommen, so viele Rechtsänderungen, auch abgesehen von der Novellengesetzgebung, vorgenommen worden sind wie unter Justinian; und da andererseits die Compilatoren beauftragt waren, Aenderungen nach Gutdünken vorzunehmen (const. Deo auct. § 7), so scheint mir zu folgen, dass die Vermuthung weit mehr für Interpolation spricht als für älteres Glossem. Wäre die Ansicht von Cogliolo richtig, so müssten z. B. auch in den fragm. Vaticana mehr Glosseme zu finden sein, als thatsächlich der Fall ist. Was übrigens Cogliolo zur Illustration seiner Ansicht speciell ausgeführt hat, ist nicht sonderlich geeignet, dieselbe zu empfehlen, namentlich nicht die Ausführung betr. die „generische" A° praescriptis verbis (S. 194 (9) ff.), denn die Stütze der ebenfalls generischen condictio ist trügerisch (vgl. meine Abhandlungen zum römischen Civilprocess S. 79 Note 15); und noch weniger, was er S. 190 (5) über die l. 57 contr. empt. (18, 1) sagt[1]).

---

[1]) Cogliolo frägt: come si può da una parola mutata (nämlich adimplere; er meint, Paulus habe implere geschrieben) arguire l'interpolazione di quasi tutto un lunghissimo frammento? Allein es handelt sich nicht bloss um adimplere, sondern es liegt vor: der Aufbau mit si quidem — sin vero u. s. w. (vgl. Bd. VII, S. 30); Verlassen der Construction (ut non compellatur, sed etiam repetet); das Wort coarctare für compellere (ib. S. 28); die Wendung venditionem stare oportet, ferner: non repeti oportet, welche ich beide nicht

Zunächst lasse ich nun solche Zusätze folgen, welche mit den Worten id est oder hoc est beginnen.

1, 18, 20 Papin l. 1 respons.

Legatus Caesaris, id est praeses vel corrector provinciae.

2, 4, 12 Ulp. l. 57 ad ed.

. . . et ei poenalem in factum actionem, id est quinquaginta aureorum, adversus libertum competere. Hier ist übrigens das id est so ungeschickt als möglich, da durch den Betrag von 50 aurei ja nichts erklärt wird, weder das „poenalem“ noch das „in factum“.

3, 5, 12 (13) Paul. l. 9 ad ed.

. . . . decem tamen quae impenderim (me) retenturum, id est sola nonaginta (und nicht 100) restituenda. Ausserordentlich selbstverständliche und überflüssige Bemerkung, die aber nach zwei Richtungen hin formell zu beanstanden ist: einmal passt das id est ebensowenig wie in der vorigen Stelle — dass bloss 90 restituirt werden, ist die Folge davon, dass 10 einbehalten werden —; sodann müsste, wenn in der Satzconstruction geblieben werden soll, es heissen restituturum.

4, 4, 3 § 4 Ulp. l. 11 ad ed.

. . efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum. Ist doch allzu selbstverständlich!

7, 1, 68 § 2 Ulp. l. 17 ad Sab.

. . debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum defunctorum. Wenn ich nicht irre, sagt ein ordentlicher Lateiner von Thieren nicht defungi, so wenig wie wir von ihnen sagen, sie hätten „vollendet“.

7, 1, 70 § 3 Ulp. l. 17 ad Sab.

. . . . quotiens gregis vel armenti, vel equitii, id est universitatis, ususfructus legatus est. Die Erläuterung

---

für classisch zu halten vermag; im § 3 die ganz unnöthige Beifügung et emptor et venditor zu uterque, und die Ablativi absoluti am Ende (Nr. III meiner Kriterien, l. c. S. 23 ff.), von dem Inhalt dieser Ablative ganz zu schweigen. Denn sollte man nicht denken, dass, wenn der beiderseitige dolus compensirt wird, er nun eben beseitigt ist und das Geschäft gilt? (Ganz anders doch l. 154 R. I.!) Und wie kann die Frage der Giltigkeit des iudicium auch nur erörtert werden?

war um so unnöthiger, als der Gegensatz ceterum si singulorum capitum keinen Zweifel übrig lässt, was gemeint sei.

7, 9, 9 pr. Ulp. l. 51 ad ed.

potest (ususfructus) ad me reccidere, hoc est ad legatarium; vgl. den Anfang: si ususfructus mihi legatus sit.

8, 2, 20 § 5 Paul l. 15 ad Sab.

Stillicidium . . . altius tolli potest . . . . inferius demitti non potest quia fit gravior servitus, id est pro stillicidio flumen. Hier hat der Compilator den Passus quia fit gravior servitus missverstanden. Er hat verstanden; „weil dadurch (durch das inferius demittere) eine lästigere Servitut, nämlich die s. fluminis immittendi, entsteht", während gemeint ist: „weil dadurch die Servitut (die s. stillicidii) lästiger, drückender wird".

12, 4, 3 § 4 Ulp. l. 26 ad ed.

Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem defuncto quoque eo. Freilich ist dieser ganze Paragraph bedenklich, nicht bloss die Erläuterung „id est condictionem"; vgl. Pernice in Bd. IX dieser Zeitschrift S. 251 Note 5.

13, 6, 17 § 3 Paul. l. 29 ad ed.

Sicut autem voluntatis et officii . . . est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere u. s. w.

14, 1, 1 § 7 Ulp. l. 28 ad ed.

Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius (zu lesen cui) ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit. Ganz ähnlich

14, 3, 5 § 11 Ulp. eod.

. . . sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit. Der interpolirte Passus ist noch verdorben. Es ist aber wohl nicht mit Mommsen zu lesen dumtaxat id ad u. s. w., denn dann wäre zu id das vorausgegangene obligat als Verbum zu denken, während doch selbstverständlich nicht

„id ad quod quis praeponitur" obligirt, sondern das Geschäft; vielmehr ist zu lesen dumtaxat ad id (contractum est) ad quod et rel.

15, 1, 18 Paul. l. 4 quaest.

. . . non aliter cogatur, id quod vicarius eius testatori debet, relinquere, nisi is, id est vicarius, peculium habeat. Nur ein schlechter Lateiner kann in Versuchung kommen, das is auf den zu beziehen, der Subject von cogatur ist.

15, 1, 26 Paul. l. 30 ad ed.

Si semel ex ea causa, id est quod dolo fecerit, dominus praestiterit de peculio conventus et rel. Hier war die Einschaltung am Platz, weil der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden fehlt. Bei Paulus fehlte er natürlich nicht.

15, 3, 19 Paul. l. 4 quaest.

... negotium hoc, id est sepulturam et funus filii. Wenn nur nicht der ganze Passus et hoc Neratius quoque bis non filii von den Compilatoren ist! Denn dass das funus filii kein aes alienum filii sei, das noch zu sagen, ist ein starkes Stück.

16, 2, 9 § 1 Paul. l. 32 ad ed.

. . . ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit. Das „is" geht auf das Subject von caveat!

16, 3, 11 Ulp. l. 41 ad Sab.

. . . sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpae quidem suspicio sit. Dass der Depositar hafte, auch wenn nur suspicio culpae ist, kann Ulpian nicht geschrieben haben.

16, 3, 28 Scaev. l. 1 respons.

. . . quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias curae habebo. Der Adressat des Briefes hat ganz sicher nicht nöthig gehabt, über die Bedeutung der Worte ne vacua tibi sint belehrt zu werden, und ebenso wenig der Leserkreis, für den Scaevola seine responsa zusammenstellte.

17, 1, 10 § 9 Ulp. l. 31 ad ed.

... ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario.

17, 2, 7 Ulp. l. 30 ad Sab.

. . . universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione locatione conductione descendit. Oder echt, aber gekürzt?

17, 2, 21 Ulp. eod.

sed factum eius (qui admittitur socius, l. 19 eod.) praestabitur societati, id est aget socius et societati praestabit quod fuerit consecutus. Das die Erläuterung nicht von Ulpian ist, ist mit Sicherheit daraus zu entnehmen, dass das erläuternde societati praestabit (scil. der klagende socius) einen ganz anderen Inhalt hat, als das praestabitur societati (scil. von Seiten dessen, qui admisit socium).

17, 2, 69 Ulp. l. 32 ad ed.

. . . ut unus reliquis nundinas id est epulas praestaret et rel. Schwerlich hat Ulpian in seinem Edictscommentar ein Wort gebraucht, von dem er sich sagen musste, dass seine Leser dasselbe nicht verstehen. Dann hat er es aber auch nicht erklärt.

17, 2, 73 Ulp. l. 1 respons.

. . . societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur.

18, 1, 68 pr. Procul. l. 6 epist.

. . . existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestandam, id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. Diese Ausdrucksweise war wohl der späteren Zeit verständlicher.

18, 3, 4 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret . . . In l. 1 und l. 3 braucht Ulpian den Ausdruck ohne weitere Erklärung; die l. 3 ist überdies aus Buch 30 des Edictscommentars und es ist gewiss doch höchst unwahrscheinlich, dass ein Ausdruck im 32. Buch erklärt wird, dessen Sinn früher als bekannt vorausgesetzt wurde.

18, 6, 4 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

. . . an vero magis emptio sit soluta, quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent

degustata. Wenn Wein mit dem Geding verkauft ist, dass intra diem certum gekostet werden soll, und es wird nun der Gesichtspunkt hingestellt, dass der Wein quasi sub condicione verkauft, folglich wegen Nichtkostens intra diem der Kauf aufgehoben sei: so kann über den Inhalt der Bedingung kein Zweifel sein.

19, 1, 7 Pompon. l. 10 ad Sab.

. . . reverti adversus te non potero, donec Titius vivat nec in ea causa esse coeperit, ut, etiamsi eius usus fructus esset, amissurus eum fuerit, nam tunc, id est si capite deminutus vel mortuus fuerit Titius, reverti potero ad te venditorem. Wahrscheinlich sind aber auch die Worte nam tunc reverti potero ad te venditorem interpolirt, vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift S. 26 unter VII.

19, 1 (13 § 31 und) 14 Pomp. l. 31 ad Q. Muc.

(ut puta putealia) id est quo puteum operitur. Das aus Pomponius entnommene Fragment war ursprünglich natürlich grösser, bei der Einfügung zwischen l. 13 und 15 strich man aber alles bis auf die paar Worte, die gerade nicht von Pomponius sind. Denn dass ein römischer Jurist der classischen Zeit sich bemüssigt gefunden habe, das Wort puteal zu erklären, kann ich nicht glauben.

19, 1 l. 30 pr. African. l. 8 quaest.

. . . nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium. Es ist unmöglich, dass African ipso-iure-Minderung des Peculium und retentio ex peculio identificirt habe; die Compilatoren haben im Hinblick auf die l. un. C. de rei ux act. auch hier mit Retentionen aufräumen zu sollen geglaubt.

19, 1 l. 31 § 2 Nerat. l. 3 membr.

. . . is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius (iuste Mommsen) adprehendit, hoc est cui primum tradita est.

Es geht voraus uterque nostrum eandem rem emit . . . traditaque est. Man muss das traditaque est mit Nothwendigkeit auf beide beziehen, denn wäre nur Einem tradirt worden, so hätte dies gesagt werden müssen; insofern ist also die von Mommsen vorgeschlagene Einschiebung von utrique nach traditaque nicht unbedingt nöthig, obwohl wegen des

ähnlichen Ausgangs aque und ique der Ausfall von utrique plausibel. Geht aber das vorausgehende traditaque est auf beide, so ist absolut ausgeschlossen, das adprehendit anders als von Tradition zu verstehen; die Erläuterung ist also ganz überflüssig. Die Interpolation wird um so mehr einleuchten, wenn man bedenkt, dass Neratius die Wendung qui prior adprehendit wohl deshalb wählte, um die Wiederholung von tradita est zu vermeiden.

19, 1 l. 45 § 2 Paul. l. 5 quaest.

... eius effici libertam, a quo vendita est, id est heredis; vgl. l. 43 pr.

19, 2 l. 13 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

cisiarius, id est carucarius.

19, 2 l. 51 pr. Iavol. l. 11 epist.

... videtur autem in hac specie id silentio convenisse, ne quid praestaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus, id est ut haec conventio pro locatore tantummodo interponeretur. Ganz sicher will der erläuternde Satz dies sagen: im Zweifel (das hinzuzufügen gebietet das silentio, wie auch das vorausgegangene id maxime spectare debemus quod inter utramque partem convenit) ist die in Rede stehende conventio lediglich zu Gunsten des locator. So aber, wie die Erläuterung angefügt ist, hängt sie grammatisch von videtur convenisse ab: convenit, ut haec conventio pro loc. interponeretur!

19, 5. In diesem Titel findet sich an drei Stellen: 13 § 1, 15 und 22 die Interpolation id est praescriptis verbis; eine vierte Stelle ist 43, 26, 19 § 2 (s. u.) Ueber das Sachliche vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 123 ff., speciell S. 128. 140.

21, 2, 21 § 2 Ulp. l. 29 ad Sab.

... neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina. Dass die litis aestimatio gemeint ist, geht aus dem unmittelbar vorhergehenden Satz (quamvis si ipse u. s. w.) zur Genüge hervor. Die Erläuterung ist aber nicht nur überflüssig, sondern auch störend für den Gedanken, der in den Worten prope enim u. s. w. liegt. Um

mich deutlicher auszudrücken: das prope kann nur mit ex secunda emptione, aber nicht mehr mit ex litis aestimatione passend verbunden werden.

21, 2, 76 Venul. l. 17 stip.

Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet. Natürlich ist auch tradideris für mancipaveris interpolirt.

23, 1, 14 Modest. l. 4 diff.

Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est si non sint minores quam septem annis. Vgl. Buhl, Salv. Julianus S. 151. Formell verräth sich die Hand der Compilatoren an dem überflüssigen quam.

24, 1, 11 § 2 Ulp. l. 32 ad Sab.

Maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filium familias qui a marito acciperet eique traderet: deinde cum moritur maritus pater familias invenitur: an valeat traditio? Wenn nun entschieden wird, traditionem valere, quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur: so ist gar keine andere Zeit denkbar, als die des Todes des Gewalthabers, und werden daher die Worte id est cum maritus moriebatur wohl Interpolation sein.

30, 34 § 6 Ulp. l. 21 ad Sab.

Proinde et si quid aliud est quod pondere numero mensura continetur saepius relictum, idem erit dicendum, id est saepius deberi, si hoc testator voluerit. Die Worte si hoc testator voluerit sind dem Gedanken Ulpians, welcher bestimmen will, was im Zweifel zu gelten habe, ebenso zuwider, wie im § 3 desselben Fragmentes der Zusatz si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse, in dem übrigens die Compilatoren an den evidentissimae probationes (Bd. VII S. 28 sub VIII) und den Worten multiplicasse voluisse deutlich erkennbar sind.

30, 122 § 1 Paul. l. 3 regul.

haec sententia vera est, hoc est Titius tota decem debebit.

39, 1 l. 1 § 1 Ulp. l. 52 ad ed.

adversus futura opera . . . non adversus praeterita, hoc est adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant. Die Erläuterung hätte richtiger hinter futura opera eingeschaltet werden sollen.

39, 1, 5 § 4 Ulp. l. 52 ad ed.

. . . in re enim praesenti et paene dixerim in ipso opere, hoc est in re ipsa, nuntiatio facienda est. Die Erläuterung ist weniger deutlich, als was erläutert wird; anders verhält es sich in § 2: in re praesenti . . id est eo loci, ubi opus fiat.

39, 1, 9 Gai. ad ed. urb.

permittendum est, de iure id est de servitute opus novum nuntiare, nam ei vindicatio servitutis datur. Diese Begründung lässt die Erläuterung id est u. s. w. als ganz überflüssig erscheinen.

39, 1, 23 Iavol. l. 7 epist.

. . . emptor id est dominus praediorum tenetur. Dass die erläuternde Bemerkung zu eng ist, zeigen die unmittelbar folgenden Worte des Fragments: quia nuntiatio operis (operi) non personae fit et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.

39, 2, 11 Ulp. l. 53 ad ed.

Aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est creditori, per stipulationem. Andere (z. B. A. Faber) halten das für ein Glossem, worüber das im Eingang Gesagte in Bezug zu nehmen ist. Gegen Mommsens Emendation item creditori zu vgl. Burkhard caut. damni inf. S. 313.

39, 2, 24 pr. Ulp. l. 81 ad ed.

Propter quod operis dumtaxat nomine . . cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis quod quis facit. Was die Erläuterung besagt, ergiebt sich hinlänglich aus dem Vorausgegangenen (in his igitur publice licet cuilibit aedificare et destruere). Möglich, dass auch die Worte de vitio loci nihil cavetur, die Mommsen streichen will, von den Compilatoren herrühren.

39, 2, 40 § 2 Ulp. l. 43 ad Sab.

. . . quia in eadem re damnum passi sunt, id est in aedibus. Der erläuternde Satz ist unrichtig, weil zu eng,

39, 3, 1 § 1 Ulp. l. 53 ad ed.

Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur.

ib. § 20.

si . . aqua fluens noceat loco qui est intra continentia, hoc est aedificio (aedificia?). Die Bedeutung des Ausdrucks continentia in diesem Zusammenhang zu erklären hatte Ulpian sicherlich nicht nöthig.

39, 3, 2 § 8 Paul. l. 49 ad ed.

. . . sufficere, si quis sciat factum esse (opus), hoc est, si factum esse non ambigatur. Es liegt auf der Hand, wie schlecht d. h. wie unvorsichtig diese Erläuterung gefasst ist: danach könnte man sich niemals auf vetustas berufen, da es niemals zweifelhaft sein kann, dass das opus einmal erstellt worden ist!

39, 3, 6 § 8 Ulp. l. 53 ad ed.

Aestimationem autem iudex faciet ex rei veritate, hoc est eius damni, quod apparuerit datum. Mag man nun unter rei veritas den Sachwerth im Gegensatz zum Interesse verstehen (Schmidt, civil. Abhandl. S. 167) oder die Schadensbemessung nach objectiven Gesichtspunkten im Gegensatz zu der im Falle des iuramentum in litem eintretenden subjectiven Schätzung: in beiden Fällen passt die Erläuterung nicht, da sie auf einen dritten Gegensatz hinweist, den des schon eingetretenen und des noch künftigen Schadens. Ex rei veritate geht auf die Art der Schätzung, hoc est u. s. w. auf das Object der Schätzung.

39, 3, 8 Ulp. l. 53 ad ed.

. . . eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur. Ulpian hat bei den Worten im Anfang des Fragments „in concedendo iure aquae ducendae“ zweifelsohne im Auge die Verleihung des Rechts, an die öffentliche Wasserleitung eine private anzuschliessen, durch den Kaiser oder den curator aquarum. In Bezug auf solche öffentliche Wasserleitungen ist aber bekanntlich von Servituten keine Rede. Zu beachten ist auch das ganz unpassende Imperfectum debebatur. Uebrigens ist auch der Schlusssatz

des Fragmentes et generaliter sive u. s. w. von den Compilatoren (vgl. diese Zeitschrift Bd. VII S. 26 sub VI).

39, 3, 17 § 2 Paul. l. 15 ad Plaut.

. . . eodem casu, quo interveniente flumine publico viae itineris actus servitus imponi potest, id est si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis. Einigermassen zweifelhaft.

39, 6 13 § 1 Iul. l. 17 dig. zu vgl. 35 § 4 eod.

Marcellus notat: . . . sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator. Hiezu bemerkt auch Mommsen: „id est . . . donator“ non sunt Marcelli.

43, 26, 19 § 2 Iul. l. 49 dig.

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis. Vgl. Gradenwitz l. c. S. 130. Frwähnt sei der Vorschlag von Cogliolo l. c. S. 199 (14), zu lesen id, et praescriptis verbis scil. peti potest; wahrscheinlich wird ihn niemand acceptabel finden.

46, 2, 8 § 2 Ulp. l. 46 ad Sab.

. . . si modo id actum sit ut novetur, id est ut Seius debeat quod Titius promisit.

48, 2, 12 Venul. l. 2 de iud. publ.

. . . legatum imperatoris, id est praesidem provinciae.

Eine Anzahl anderer derartiger Interpolationen wird durch die Worte ut puta eingeleitet.

2, 1, 13 § 1 Ulp. l. 51 ad Sab.

Magistratus autem vel is qui in potestate aliqua sit ut puta proconsul vel praetor vel alii qui provincias regunt . . .

3, 2, 4 § 2 Ulp. l. 6 ad ed.

Sive autem principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione (occasione?) utatur ut puta si caupo fuit vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia, sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habens mancipia hoc genus observantia in officina, lenocinii poena tenebitur. An und für sich

könnte Ulpian die Worte alterius negot. occasione uti ganz wohl durch Beispiele näher erläutert haben; das aber, was dasteht, hat er nicht geschrieben. Man beachte das ganz beziehungslose talia, das breitspurige si caupo fuit et habuit (von dem Perfectum ganz abzusehen), das unrichtig angewendete velut und die geradezu komische Redewendung hoc genus observantia! Dagegen occasione ministerii ist so gut, dass es aus dem von Ulpian vorher Gesagten entlehnt sein wird, daher mir nicht zweifelhaft ist, dass im Anfang zu lesen ist negotiationis occasione.

3, 2 l. 6 § 5 Ulp. l. 6 ad ed.

„Mandati condemnatus": verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. Das lautet so allgemein und ist in dieser Allgemeinheit so bedenklich, dass eine Erläuterung nicht überflüssig war. Ob aber diejenige, welche dasteht, von Ulpian ist, scheint fraglich: ut puta, fideiussi pro te et solvi; mandati te si condemnavero, famosum facio. Nach dem Edictswortlaut war das iudicium contrarium geradezu ausgeschlossen (vgl. l. 1 ht.). Nun sagen allerdings verschiedene Basilikenscholien zu unserer Stelle (Heimb. II p. 440), dass gerade in unserem Falle ausnahmsweise auch die Verurtheilung im iudicium contrarium Infamie zur Folge gehabt habe. Dabei bleibt immer die Möglichkeit bestehen, dass diese Ausnahme eben erst durch diesen Zusatz der Compilatoren eingeführt wurde, und diese Möglichkeit wird zur grössten Wahrscheinlichkeit dadurch, dass zu den Worten „verbis edicti notatur non solum" u. s. w. das Beispiel nun einmal schlechterdings nicht passt. Nimmt man an, dass im Edict noch andere als die in l. 1 cit. überlieferten Fälle stunden und zwar solche, die auch in der lex Iulia municipalis (110 sqq.) vorkommen (cf. Lenel, edict. S. 63), so wird sofort klar, an welche Fälle Ulpian gedacht und von welchen er auch gesprochen haben wird. Es ist der, „qui sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit renuntiaverit se soldum solvere non posse, aut cum eis pactus est erit se soldum solvere non posse, prove quo datum depensum est erit". Speciell an Stelle des Schuldners, für den vom sponsor depensum est, setzten die Compilatoren in unserer Stelle den fideiussor und

thaten von dem Eigenen noch die Verurtheilung in der act. mand. contraria hinzu.

19, 1, 4 § 1 Paul. l. 5 ad Sab.

Sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius: ut puta si dictum est vineae iugera tot esse vel oliveti et minus inveniatur. Freilich ist der ganze Satz nebst dem noch Folgenden:

> ideoque (dieses ideo passt gar nicht) his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio

verdächtig.

19, 1, 17 § 7 Ulp. l. 32 ad ed.

Labeo generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. Wie schlecht ist das ad praesens wiedergegeben durch temporis causa; dazu noch das schleppende quidem. Das si perpetuo f. positae ist im Grunde genommen nicht einmal richtig; sind sie perpetui usus causa gelegt, so ist es gleichgiltig, wenn sie auch vorübergehend herausgenommen werden, also nicht perpetuo positae sind.

46, 3, 27 Ulp. l. 28 ad ed.

. . . si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit. Möglich, dass die Erläuterung von Ulpian ist, aber so lautete: ut puta ... traditus est, si mihi mancipatus non est. Gemeint ist eine Klage auf dare oportere.

Ich lasse jetzt noch einige weitere Erläuterungsinterpolationen folgen, welche von verschiedener Form sind.

2, 11, 10 pr. Paul. l. 1 ad Plaut.

Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur. Mommsen will die gesperrt gedruckten Worte streichen; ich muss es aus dem eingangs angegebenen Grunde für weitaus wahrscheinlicher halten, dass eine Interpolation, als dass

ein späteres Glossem vorliegt. Anders würde freilich die Sache liegen, wenn, was aber nicht der Fall ist, die Processverjährung zur Zeit der Abfassung der Digesten noch gegolten hätte.

5, 1, 18 § 1 Ulp. l. 23 ad ed.

. . . posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit se subtrahit is qui noxam commisit. Der gesperrt gedruckte Passus ist ganz in der Art, wie wir sie z. B. in der sog. Institutionenparaphrase des Theophilus finden, und kein Zweifel ist, dass die Worte dum pater exspectatur vollauf genügen.

Ibid.

. . . si res . . . . veniat ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia ex iusta causa agat. Erläutert soll hier offenbar das „ex contractu" werden, wie im Vorhergehenden von furtum und damnum iniuria die Rede war. Danach müsste aber stehen: si forte rem deposuit u. s. w. Ferner erweckt Verdacht das wiederholte forte (vgl. oben 2, 11, 10 pr.) und vollends ex iusta causa Romae agere.

7, 1, 12 § 5 Ulp. l. 17 ad Sab.

Cum autem in pendenti est dominium . . . . dicendum est condictionem pendere magisque in pendenti esse dominium. Dazu bemerkt Mommsen in der grösseren Digestenausgabe: „aut abundant, aut tale quid subest: ‘magisque sequi quod in pendenti est dominium? Das letztere ist doch wohl unmöglich; Ulpian wird doch nicht in ausdrücklichen Worten daraus, dass in pendenti est dominium, folgern, dass in pendenti est dominium. Daraus aber, dass die Basiliken den Passus haben, ist zu schliessen, dass wir es eher mit einer Interpolation der Compilatoren, als mit einem Glossem eines Abschreibers zu thun haben.

7, 1 l. 25 § 1.

. . . si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis, et ideo nondum adquisisse dominium cuiquam videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet num-

mos accipientis. Der Grund ist vielmehr ein ganz anderer; dass man über die Schuld hinaus zahlen kann, und dennoch Eigenthum überträgt und condictio indebiti hat, ist ja eine allbekannte Sache.

8, 2, 17 § 3 Ulp. l. 29 ad Sab.

Haec lex traditionis (mancipationis): „stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint" hoc significat impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum, non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat aedificiorum vicinorum; hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere. Aus dem Vorherigen ist deutlich genug zu ersehen, dass Ulpian sagen will, das in lege mancipationis dictum sei nur zu Gunsten, nicht auch zu Lasten des Käufers.

12, 7, 3 Iulian. l. 8 dig.

Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur. veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si cum quinque deberet decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur. Das richtige Schulbeispiel, wie wir solche namentlich auch in der Institutionenparaphrase des Theophilus finden; Julian hat seinen Lesern dergleichen sicherlich nicht vorgeführt. Ob übrigens incerti consequetur nicht eine byzantinische Breviloquenz ist, wage ich nicht zu entscheiden; unmöglich im Munde Julians scheint mir aber zu sein ut stipulatio accepto fiat, denn man kann pecuniam oder id quod debetur acceptum facere, aber nicht stipulationem.

13, 7, 11 § 3 Ulp. l. 28 ad ed.

Si in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. sive autem usurae in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit. alia causa est earum, quas quis supra

licitum modum promisit: nam hae penitus illicitae sunt. Der schlechte Stil des zweiten und dritten Satzes (si tamen; ex his; penitus illicitae) würde wohl zur Annahme einer Interpolation für viele nicht genügen. Dagegen verräth die Compilatoren mit Sicherheit das et vor in eas. Denn im ersten Satz behandelt Ulpian ja den Fall, dass das Pfand nur für das Capital oder nur für die Zinsen haften soll; dass das dumtaxat auch zu in usuras hinzuzudenken ist, kann nach den Worten eo soluto u. s. w. nicht zweifelhaft sein. Der zweite Satz will keinen neuen Fall bringen, giebt aber doch statt der Voraussetzung: es ist nur für die Zinsenobligation Pfand bestellt, die andere: es ist auch für die Zinsenobligation Pfand bestellt.

13, 7, 24 § 1 Ulp. l. 30 ad ed.

... et constat, neque pigneraticia eum agere neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis. Vgl. das Interpolationskriterium Nr. III in Bd. VII S. 23 f. dieser Zeitschrift.

D. 16, 3, l. 17 § 1 Florent. l. 7 inst.

Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Stände das gesperrt Gedruckte nicht da, so wäre über den Sinn der l. 39 de adq. vel. am. p. wohl nie Streit entstanden, d. h. man hätte nie verkannt, dass sich die l. 39 cit. nur auf die Frage beziehe, ob der Besitz des Sequester zu dem Usucapionsbesitz der obsiegenden Partei hinzuzurechnen sei oder nicht[1]). Interpolation nehme ich aus folgenden Gründen an: 1) der Satz nam tum u. s. w. ist in der Art der mit „tunc enim“ beginnenden Sätze, welche die Compilatoren auch ihren eigenen Nisi-Sätzen gern hinzufügen; 2) er ist überflüssig; 3) er ist schief und müsste entweder lauten: nam sequester possidet oder aber: nam tum demum is apud quem deponitur possidet. In beiderlei Hinsicht

[1]) So jetzt auch Jhering, Besitzwille S. 383. Vgl. J. Voigt, Besitz des Sequesters (Freiburger Inaug.-Diss.) S. 35 ff.

(2 und 3) drängt der Satz nam tum demum u. s. w. allerdings zu der Duaren-Savignyschen Interpretation, wonach zu deposita est subintelligirt wird possessio; allein diese Interpretation ist aus mehrfachen Gründen unmöglich. 4) Der Satz id enim u. s. w. ist eine übel angebrachte Reminiscenz aus l. 39 cit. und setzt sich insofern in Widerspruch mit derselben, als hier dasjenige, was dort als einer von verschiedenen möglichen Zwecken erscheint, als einziger und begriffsmässiger Zweck der Sequestration hingestellt wird. Dass die Compilatoren auch aus aufgenommenen Fragmenten bei anderen Fragmenten Ergänzungen anbringen, ist nicht selten; übrigens gehören beide in Rede stehende Fragmente der Sabinus-Masse an.

17, 1, 12 § 15 Ulp. l. 31 ad ed.

Idem ait, si tutor mandet suscipi vel probari nomen quod fecerat, teneri eum mandati, scilicet quondam pupillo suo vel curatori eius.

18, 1, 46 Marcian. l. sing. de delator.

Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam ..... Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.

18, 1, 58 Papin. l. 10 quaest.

sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt. Das in superioribus casibus verweist auf fr. 57, das von Paulus ist (vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 93); unerträglich ist pro aedibus. Auch stände besser sive uterque eorum.

18, 3, 4 § 1 Ulp. l. 32 ad ed.

Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdi(di)t: igitur sententia Neratii tunc habet locum quando emptor aliquam partem pretii dedit. Das „pretium quod numeravit“ wird Ulpian wohl für deutlich genug gehalten haben!

18, 6, 1 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit; quod si non designavit

tempus, eatenus periculum sustinere debet quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Man glaubt den Schulmeister zu sehen! Uebrigens könnte schon das videlicet — degustatum Interpolation sein.

18, 6, 4 pr. Ulp. eod.

... an vero etiam die praeterito (ut si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit) periculum ad venditorem pertineat et rel. Mommsen stellt auch die Worte periculum ad — pertineat in die Parenthese, so dass pertineat von ut abhängt. Dann wäre zu an vero u. s. w. aus dem Vorhergehenden zu ergänzen: periculum acoris et mucoris venditor praestare debet, und könnte dann erst recht kein Zweifel sein, dass der ganze rein tautologische Satz ut si — pertineat Interpolation wäre. Nach unserer Setzung der Parenthese wollten die Compilatoren das die praeterito erläutern; das ut beruht auf Versehen oder ist im Sinne von velut genommen.

18, 6, 4 § 2 Ulp. eod.

Et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denuntiare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum. Die Worte certe u. s. w. können sich unmittelbar an das Vorausgehende: videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor angeschlossen haben; wenn nicht, so ist das, was Ulpian gesagt hatte, gestrichen und durch das gesperrt Gedruckte ersetzt worden. Dass dies Interpolation sei, zeigt 1) das ei, welches auf den Käufer geht, von dem aber in § 2 noch nicht die Rede war, sondern nur vom Verkäufer; 2) die Alternative aut interesse — aut denuntiare, welche ganz schief ist. Dieselbe so zu stellen: es komme entweder darauf an, was bezüglich des tempus vereinbart worden, oder es sei zu denunziren, geht offenbar nicht. Vorgeschwebt hat aber folgendes: es kommt in erster Linie darauf an, ob eine Zeit für das avehere festgesetzt ist. Ist sie festgesetzt, dann ist dies massgebend; ist sie nicht festgesetzt, dann ist zu denun-

ziren. So erklärt sich der Infinitiv interesse, welcher in diesen Gedankengang passt, und dann auch den Infinitiv degustare nach sich gezogen hat, welcher schlechterdings nicht passt, da es sich hier nicht mehr um ein Urtheil handelt, sondern um einen Ausspruch, was geschehen soll.

18, 6, 5 Paul. l. 5 ad Sab.

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. Si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum (non) est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat. Wieder offenbar ein Schulbeispiel, das aber zuerst schön ordentlich die Regel bringt und dann das, wovon der Satz des Paulus allein spricht, als Ausnahme in dem Nisi-Satze unterbringt. Man bemerke übrigens, dass in dem die Regel angebenden Satze (si verbi gratia — venditoris est) die Worte si admensum non est absolut überflüssig sind; sie stehen bloss da, weil der Satz „nisi id per emptorem fiat" es verlangt. Dieser Satz ist übrigens nichts weniger als schön: id, nämlich das vinum non admetiri (anderes lässt sich aus dem Vorhergehenden nicht suppliren) per emptorem fit!

19, 2, 55, 2 Paul. l. 2 sentent.

. . . ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur. Die Redewendung „indemnitatem in id quod interest servare" spricht deutlich genug.

19, 2, 60 § 2 Labeo post. l. 5 a Iav. epit.

. . . sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet. Vor sed iudicem muss etwas ausgefallen sein wie respondi, actionem ex locato competere quidem. Einigermassen verdächtig ist sodann 1) iudicem, wofür man praetorem erwartet; 2) possis, wofür man debeas erwartet, da im Eingang des Fragments ja vorausgesetzt wird, dass der Kunde einen anderen beklagen kann, aber nicht will; 3) fullonis vi-

delicet sumptibus. Ganz sicher interpolirt ist aber das Folgende, worin auseinandergesetzt wird, was zu geschehen hat, wenn es bei der actio locati gegen den fullo sein Bewenden behält. Einmal zeigt dies der Uebergang in die directe Rede. Sodann stimmt das condemnabit quidem, tuas autem actiones praestare compellet nicht zur Technik des Formularprocesses. Nach dieser würde der iudex keineswegs den Beklagten verurtheilen und dann die Cession erzwingen (was er direct gar nicht kann), sondern dem Kläger die Cession aufgeben und falls derselbe nicht parirt, den Beklagten absolviren.

20, 1, 13 § 5 Marcian. l. sing. ad form. hyp.

. . . dicendum est, ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur; sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. Das gesperrt Gedruckte erklärt Enneccerus (Rechtsgeschäft, Bedingung u. s. w. S. 361) mit guten Gründen für interpolirt. Den stärksten Verdachtsgrund hat er aber nicht angeführt; es ist das bei den Interpolationen der Compilatoren so häufige aus der Construction Fallen: rursus agere poterit (der Kläger, der noch gar nicht genannt ist) statt agi poterit.

21, 1, 4 § 4 Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

In summa si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse et non abest: ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit; si autem corporis solius vitium est aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.

Dieser ganze Paragraph sieht aus wie eine von den Compilatoren hinzugefügte „summa“. Man bemerke überdies: si quidem — si autem; das ganz selbstverständliche et non abest und das ebenso überflüssige animi vor reticuit. Ferner ist gegen den Nisi-Satz sachlich einzuwenden, dass im Falle des dictum aut promissum Käufer auf das Interesse klagen kann. Endlich macht das vitium mixtum et animi et corporis einen ganz byzantinischen Eindruck; in einem solchen Falle würde sich ein classischer Jurist begnügt haben, vitium corporis zu constatiren und hätte folglich gar kein Bedürfniss gehabt, eine dritte Kategorie von vitia aufzustellen.

21, 1, 25 § 8 Ulp. eod.

. . *ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum* (iudicem scil.) *pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.* Nominatim iniungere ist compilatorisch, aber auch der Hauptsatz kann unmöglich von Ulpian herrühren.

21, 1, 31 § 21 Ulp. eod.

. . . plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emptorem; idcirco interest nostra scire nationem: *praesumptum etenim est quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri quia ea natione sunt, quae magis infamis est.* Zur Begründung des vorausgegangenen Satzes: „qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent“ genügen vollständig die Worte plerumque enim interest nostra scire nationem, und aus diesem Grunde (sowie auch wegen des provocat) sind mir schon die Worte natio servi aut — idcirco höchst verdächtig. Was aber mit praesumptum est angeknüpft wird, ist so hölzern und breitspurig und schränkt trotzdem das, was in „interest nostra scire nationem“ liegt, so ungeschickt ein, dass die Urheberschaft Ulpians zweifellos abzulehnen ist.

21, 1, 37 Ulp. eod.

Ut ecce plerique solent mancipia, quae novicia non sunt, quasi novicia distrahere ad hoc ut pluris vendant; praesumptum est enim, ea mancipia, quae rudia sunt simpliciora esse et rel. Das fängt ganz an wie ein Beispiel bei Theophilus, und das praesumptum est haben wir in der vorigen Stelle als sicher interpolirt angenommen. Indessen scheint hier Ulpianisches und Byzantinisches so ineinandergearbeitet zu sein, dass sich das Interpolirte auch nicht einmal mit einiger Wahrscheinlichkeit angeben lässt.

26, 7, 9 § 7 Ulp. l. 36 ad ed.

Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus l. 8 digestorum scripsit, *seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo* (perscribendo?) Dass bei den gesperrt gedruckten Worten an das Ausstellen eines Schuldscheins im Sinne des Institutionentitels III, 21 gedacht ist,

kann wohl kaum zweifelhaft sein. Ueberdies verrathen sich die Compilatoren einmal durch die schleppende Wiederholung von poterit und dann durch das ungeschickte sibi mutuam perscribendo. Dasselbe ist dem vorangegangenen sibi creditam pecuniam scribere gedankenlos nachgeschrieben und dabei nicht bedacht, dass dort das sibi von creditam abhängig ist; hier würde man erwarten pupillo mutuam perscribendo, da der Dativ hier doch wohl nur die Person bezeichnen kann, zu deren Gunsten das scribere erfolgt.

26, 8, 5 pr. Ulp. l. 40 ad Sab.

Nam in pupillum non tantum tutori rerum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit. Die gesperrt gedruckten Worte sind höchst unnöthig und an unrichtiger Stelle eingeschaltet; sie müssten nach cuivis stehen.

32, 37 § 5 Scaev. l. 18 dig.

Codicillis ita scripsit . . . quaesitum est, an ad pecuniam depositam petendam sufficiant verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi, ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura. Es versteht sich ganz von selbst, dass die in dem Codicill stehende Versicherung des Testators, die Auszahlung eidlich versprochen zu haben, die Beweiskraft des Codicills selbst nicht erhöhen bezw. zuwegebringen kann. Das gesperrt Gedruckte ist daher sicher interpolirt. Es ist aber allerdings noch mehr verdächtig: a) credenda est scriptura, statt des acc. c. inf.; b) habeat ohne Angabe des Subjects, welches bis dahin noch nirgends genannt ist. Da es überdies im höchsten Grade auffallend ist, dass Scaevola über eine Beweisfrage ein Responsum ertheilt haben soll, so wird man auch die Worte cum hanc — habeat und credenda est scriptura für Interpolation halten müssen.

39, 2, 15 § 17 Ulp. l. 13 ad ed.

Si ante hoc decretum (scil. secundum) alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere.

39, 2, 30 pr. Ulp. l. 81 ad ed.

. . . solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. Das solet ist einfach inept.

Auch der § 2 desselben Fragments: Quod dictum est „aquae ducendae causa“ exempli gratia scriptum est: ceterum ad omnia opera stipulatio accomodabitur scheint mir ein Zusatz der Compilatoren zu sein.

41, 2, 39 Iulian. l. 2 ex Minic.

. . . nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet (procedet?) Ueber aperte approbare zu vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift, S. 28 sub VIII. Abgesehen von diesem formalen Indiz ist klar, dass die Rechtsfolge von der Thatsache abhängig ist und nicht vom Beweis derselben; vom Beweis dependirt der Erfolg des Processes. Der Zusatz klärt übrigens über die Beweislast auf. Ist das omittere possessionem hiernach nur ausnahmsweise das Gewollte, so erscheint die Interpolation in D. 16, 3, 17 § 1 doppelt ungeschickt.

50, 16, 54 Ulp. l. 62 ad ed.

Condicionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. Dass die Worte vel qui u. s. w. hier, wohl im Hinblick auf Inst. 3, 15, 4: ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, von den Compilatoren beigefügt sind, beweist das et vor hi. Diejenigen, qui spem habent, sind eben die condicionales cr. im eigentlichen Sinne; wie aber das et zeigt, hat Ulpian von diesen vorher gesprochen.

Im Hinblick auf die in dieser letzten Serie vorkommenden begründenden Interpolationen ist es mir nun auch gar nicht mehr zweifelhaft, dass eine solche auch in den Worten quia nec natura debet der l. 41 de cond. indeb. (12, 6) vorliegt; vgl. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 69 S. 326 f. und Note 50.

Auch die vorstehende Sammlung macht durchaus nicht den Anspruch, eine vollständige zu sein. Dass die in dem ersten Beitrag gegebene es nicht sei, davon habe ich mich

noch vor dem Druck derselben überzeugen können, und gebe hier noch eine kleine Nachlese von Nisi-Sätzen, darunter auch zwei aus dem Codex. Die beiden Stellen D. 26, 2, 10 § 4 und 36, 1, 68 § 1 verdanke ich dem Mitherausgeber dieser Zeitschrift Pernice.

13, 6 l. 5 § 2 Ulp. l. 28 ad ed.

... dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is apud quem deponitur. Ich will nicht bezweifeln, dass eine Kaiserverordnung des angegebenen Inhalts existirte, nur wird dieselbe nicht gesagt haben, dass dann das Verhältniss depositum sei. Dagegen unser Nisi-Satz subsumirt, eben weil es ein Nisi-Satz ist, das Verhältniss unter den Begriff des depositum und das kann Ulpian, angesichts seiner Aeusserungen im 30. Buch seines Edictscommentars (l. 1 § 8 sqq. depos.) nicht geschrieben haben. Ferner ist culpam exhibere ganz ungeheuerlich; es ist der Wendung diligentiam exhibere nachgebildet, aber dabei übersehen, dass exhibere eben nicht denselben Doppelsinn hat, wie praestare (diligentiam praestare und culpam praestare). Der Rest aut si hoc u. s. w. ist ganz in der Art vieler in dem ersten Beitrag zusammengestellter Nisi-Interpolationen.

D. 24, 3, 8 pr. Paul. 7 ad Sabin.

Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat, nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier. Auffallend ist hier übrigens schon die Begründung quia palam sit u. s. w. Man sollte vielmehr erwarten, dass einfach darauf abgestellt wird, dass das commodum lapidicinarum innerhalb wirthschaftlicher Grenzen eben fructus ist, zumal diese Anschauung nach l. 9 § 2 de usufr. 7, 1 schon von Sabinus vertreten wurde. Indessen muss man vorsichtig sein, da sich mangelhafte Begründungen bei Paulus nicht selten finden; er gehört eben, wie auch Ulpian, schon der Zeit des be-

ginnenden Verfalls der Jurisprudenz an. Sind beide lange genug überschätzt worden, so wird eine fortschreitende Erkenntniss der Interpolationen uns vor der Ungerechtigkeit bewahren, denselben Sachen zuzuschreiben, welche ihnen fremd sind.

D. 26, 2, 10 § 4 Ulp. l. 36 ad Sab.

Potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragatur. Bei fideicomm. libertas absolut selbstverständlich und wegen des apertissime noch besonders verdächtig. Mir däucht aber, dass der ganze folgende Passus:

> potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem: quid enim interest, suum servum an alienum tutorem scripserit, cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas sit in persona eius, qui tutor scriptus est. Potest igitur etc.

interpolirt sei. Ulpian geht vorher nur so weit, dass er bei Ernennung eines fremden Sklaven zum Tutor die Bedingung si liber erit, subintelligirt und Justinian berichtet im Jahr 531 (C. 6, 27 l. 5 § 1 b) nur, dass die Ernennung eines eigenen Sklaven zum Tutor zugleich dessen Freilassung implicirte, womit Paulus D. 26, 2 l. 32 § 2 und Cod. 7, 4, l. 10 pr. übereinstimmt. Möglich wäre nun immerhin, dass Justinian a. a. O. nicht vollständig berichtet, und aus dem Schweigen des Paulus möchte ich ohnehin nicht argumentiren. Allein höchst bedenklich ist: a) potest quis servo libertatem defendere (welches im Schlusssatz nochmals kommt); b) libertas adsumpta sit; c) in der Begründung finde ich benützt die l. 10 pr. C. cit.: receptum est et libertatis et pupillorum favore, aus dem favor libertatis ist aber favor publicae utilitatis geworden; meines Wissens statuiren die classischen Juristen manches utilitatis publicae causa, aber von favor sprechen sie bezüglich der utilitas publica nicht. d) Wegen der Frageform der Begründung zu vergl. Nr. II meiner Interpolationskriterien, Bd. VII dieser Zeitschrift S. 23.

Ist diese Ansicht richtig, dann ist auch Cod. 7, 4, l. 10 § 1 interpolirt. Dieser Passus ist übrigens viel besser redigirt, als die meisten Digesten-Interpolationen. Doch verräth

die Compilatoren a) suum proprium (servum): im pr. steht nur suum; b) tutorem adscripserit; im pr. steht dederit, dagegen adscripta libertate; c) ganz besonders nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat.

D. 30, l. 57 Ulp. l. 33 ad Sab.

Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit; si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam . . .

Dass diese Nisi-Sätze wahrscheinlich interpolirt sind, bedarf nach früheren Bemerkungen keiner weiteren Ausführung. Das Fragment scheint aber auch sonst nicht ganz geheuer, so ist z. B. sehr anstössig das Präsens si scit und si nesciat.

36, 1, 68 § 1 Paul. l. 2 fideicomm.

Etiam absentis procuratori, si desideraret, posse restitui hereditatem ex hoc sentusconsulto Iulianus scripsit, si tamen caveat de rato habendo, si non evidens absentis voluntas esset.

Schon das si desideraret ist anstössig, weil völlig nichtssagend; es könnte auch Glossem sein. Was aber den Satz si non — esset betrifft, so stellt er nicht, wie noch Papinian in Vat. fr. 333 thut, darauf ab, dass mandatum perseverat, sondern darauf, dass die Mandatsertheilung zweifellos sei, gerade so wie die interpolirte l. 1 C. de procur. 2, 12 (meine Cognitur S. 149 f.). Das kann Julian nicht geschrieben und Paulus nicht als die Meinung Julians berichtet haben. Man kann allerdings zur Noth die Worte si non evidens voluntas esset auf den gegenwärtigen Willen des Abwesenden beziehen, aber dann wäre der Satz erst recht von den Compilatoren, da dann nur an einen procurator apud acta factus gedacht werden könnte, den Julian noch nicht gekannt hat und den Paulus als procurator absentis nicht bezeichnet haben würde. — Auch dieser Satz könnte übrigens Glossem sein, aber vorjustinianisches, wie ich ein solches gleichfalls auf die Procuratur bezügliches in den Institutionen des Gaius 4, 84 gefunden zu haben glaube (Cognit. und Procur. S. 143 ff.).

40, 7 l. 3 § 5 Ulp. l. 27 ad Sab.

Si decem iussus dare et liber esse quinque det, non pervenit ad libertatem, nisi totum det; interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest. Der Nisi-Satz, wenn auch inhaltlich nicht zu beanstanden, erweist sich durch seine logische Incorrectheit als Interpolation; denn in Wahrheit setzt er nicht eine Ausnahme von dem Thatbestand si — quinque det, sondern er hebt diesen Thatbestand auf.

C. IV, 1, 1 Antoninus 213.

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis vel adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec periurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur. Dieser Ausnahmesatz verräth durch seine Ueberflüssigkeit und durch das specialiter, dass er von den Compilatoren herrührt. Das Motiv für die Hinzufügung scheint aber folgendes gewesen zu sein. Uns ist eine klare Einsicht in die Bedeutung und Anwendungssphäre der verschiedenen Eide des römischen Civilprocesses erst durch das schöne Buch von Demelius (Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprocess, 1887) eröffnet worden; wir dürfen es den Compilatoren nicht zu sehr verdenken, wenn sie manchen vom Eid sprechenden Stellen des classischen Rechts nicht die richtige Beziehung gaben. So bezogen sie die Worte vel adversario — remisso, die im Sinne des Rescripts zweifellos auf das iusiurandum in iure delatum (im Falle des Edicts si certum petetur) Bezug haben, fälschlich auf den Eid in iudicio, und hier mussten sie dann allerdings, vgl. l. 31 de iureiur. 12, 2, die Möglichkeit von Ausnahmen andeuten, während bei einem iusiurandum in iure delatum keine Ausnahme vorkam.

Vielleicht ist auch das vel remisso von den Compilatoren eingeschoben, welches zu dem „nec periurii praetextu“ schlecht genug passt.

C. 4, 65, 3 Antoninus 214.

Diaetae quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es. Jhering hat in seinem Besitzwillen S. 444 ff. sich mit dieser Stelle (die er übrigens

irrthümlich für eine Constitution von Antoninus Pius hält) unnöthige Mühe gegeben. Die Hand der Compilatoren ist kenntlich 1) an dem Ausdruck corrigere domum, 2) an dem Gebrauch von malle für velle; überdies würde die Befugniss zur Vertreibung vom Kaiser doch wohl abhängig gemacht worden sein davon, dass der Eigenthümer das Gemach selbst nöthig hat, nicht davon, dass er dies nachweist. Vom Beweis ist ja abhängig nicht irgendwelche Rechtswirkung, sondern der Erfolg im Process. So heisst es ganz correct in zahlreichen Constitutionen: wenn du das und das beweisest, wird der praeses provinciae das und das vorkehren.

II.

Zu Papinians Biographie.

Von

Th. Mommsen.

Unter den nicht zahlreichen Nachrichten, die uns über Papinians Lebensumstände aufbehalten sind, steht in erster Reihe das achte Capitel der Biographie Caracallas: *Papinianum amicissimum fuisse imperatori Severo et, ut aliqui loquuntur, adfinem etiam per secundam uxorem memoriae traditur et huic praecipue utrumque filium a Severo commendatum [eumque cum Severo professum sub Scaevola et Severo in advocatione fisci successisse] atque ob hoc concordiae fratrum Antoninorum favisse* und so weiter. Die hier eingeklammerten Worte sind nichts als eine dreiste Interpolation.

Es fehlt ihnen erstens die handschriftliche Gewähr. Die Kritik der Kaiserbiographien ruht auf der vaticanischen Handschrift Pal. 899, und zwar allein auf dieser, da, wie ich an einem anderen Orte nachweisen werde, die jetzt als parallel geltende Bamberger nichts ist als eine alte Abschrift der

vaticanischen. Die fraglichen Worte giebt weder der Schreiber noch der alte Corrector des Originals und ebensowenig die Bamberger Abschrift; sie sind in der vaticanischen Handschrift auf f. 71′ von einer anderen Hand, als die des alten Correctors ist, und offenbar erst nach Anfertigung der Bamberger Abschrift nachgetragen. Diese Hand setzen die Herren Mau und Stevenson in das XIII. Jahrhundert, den ursprünglichen Schreiber und den gleichzeitigen Corrector in das X.; sie ist verschieden von einer oder mehreren des XIV. oder XV. Jahrhunderts, die vielfach in der Handschrift herumcorrigirt haben. Vollständig fest steht es, dass, abgesehen zunächst von unserer Stelle, alle in die vaticanische Handschrift nach Anfertigung der Bamberger Abschrift eingetragenen und in dieser nicht wiederkehrenden Correcturen kritisch werthlos und keineswegs geeignet sind die an sich wenig glaubliche Annahme, dass die Handschrift späterhin nach einem zweiten Original durchcorrigirt ist, zu unterstützen.

Zweitens widerlegt die Einschaltung sich selbst, insofern sie den klaren Zusammenhang aufhebt: die Empfehlung der beiden Söhne an Papinian und dessen Bemühen um die Eintracht der Brüder gehören deutlich zusammen. Bei der von dem neuesten Herausgeber vorgeschlagenen Versetzung der Einschaltung nach *imperatori Severo* wird dieser Fehler nicht gehoben, sondern nur verschoben: damit werden die Freundschaft und die Verschwägerung auseinander gerissen. Den Stempel der Interpolation, der hier zu Tage tritt, bestätigt weiter die gleich den übrigen von *memoriae traditur* abhängig gemachte, ebenso sinnwidrige wie grammatisch zulässige Gestaltung des Zusatzes.

Für den Philologen ist damit die Sache insofern entschieden, als die Ausscheidung des Zusatzes sich als nothwendig erwiesen hat. Sachlich bleibt die Frage noch zu beantworten, wie eine derartige Interpolation hat entstehen können.

Dass Severus als *advocatus fisci* seine Laufbahn begonnen hat, steht ausser bei Victor (Caes. 20, 30) auch im Leben des Geta c. 2 und kann daher entlehnt sein. Aber dass Severus und Papinianus zusammen unter Scaevola der Rechtswissenschaft obgelegen haben und Papinian dem späteren Kaiser als *advo-*

catus fisci nachgefolgt ist, wird nur durch unsere Stelle bezeugt. Anstoss giebt in derselben *profiteri sub aliquo,* welches kaum etwas anderes bedeuten kann als was sonst durch *audire aliquem* ausgedrückt wird; es scheinen in jenem Ausdruck das Respondiren des fertigen Juristen und die Assistenz des Schülers in einander zu laufen. Aber beides mag auch faktisch sich verbunden haben, und auf keinen Fall würde ein blosser schiefer Ausdruck in einer so übel abgefassten Sammlung an sich zu kritischen Zweifeln berechtigen. Sachlich und chronologisch ercheinen die Angaben durchaus probabel: der Kaiser Severus (146—211) muss etwas älter gewesen sein als Papinian und bei dem hauptsächlich unter Marcus thätigen Scaevola können füglich beide sich für ihre amtliche Laufbahn vorbereitet haben.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die unabweisliche Annahme der Interpolation auch ihrerseits starke Bedenken erregt.

Es ist auffallend, dass sie, wie eben gezeigt ward, mit den anderweitig feststehenden Thatsachen und Zeitbestimmungen sich inhaltlich gut verträgt. Indess damit wird man sich eben abfinden müssen; die Annahme, dass der Interpolator aus einer uns verlorenen Quelle sachlich richtige Angaben geschöpft hat, ist noch viel unwahrscheinlicher als die, dass er ausnahmsweise mit Verstand und mit Glück gefälscht hat.

Es ist ebenfalls auffallend, dass es für diese Interpolation an jeder Anknüpfung zu fehlen scheint. Indess vielleicht steht sie doch nicht allein. Eine wenigstens sachlich verwandte findet sich am Schluss der Biographie Alexanders: hier sind in das Verzeichniss der namhaften Staatsmänner aus Alexanders Zeit die Worte eingelegt: *Pomponius legum peritissimus, Alphenus, Aphricanus, Florentinus, Martianus, Callistratus, Hermogenes, Venuleius, Triphonius, Metianus, Celsus, Proculus, Modestinus: hi omnes iuris professores discipuli fuere splendidissimi Papiniani et Alexandri imperatoris familiares et socii, ut scribunt Acholius et Marius Maximus.* Dass dies von einem mit den Namen der Pandektenjuristen ebenso vertrauten wie hinsichtlich ihrer Chronologie im Stande der Unschuld befangenen Fälscher zugesetzt ist, liegt auf der Hand; die beiden Gewährsmänner hat er den

Kaiserbiographien entnommen. Es liegt nahe dies gefälschte Verzeichniss der Schüler Papinians mit der seinen Lehrer und seinen Mitschüler angebenden Fälschung in Verbindung zu bringen, und wer also beliebige Gewährsmänner seinen Fictionen beischrieb, konnte auch den Nachfolger des Severus in der Staatsanwaltschaft entdecken. Könnte man beide Zusätze auf dieselbe Quelle zurückführen, so wäre das Befremden, welches jene Interpolation erweckt, einigermassen verringert. Allein dieser Zurückführung stellen sich Schwierigkeiten entgegen, die ich nicht zu heben vermag. Woher die letztgenannte Interpolation stammt, ist ungewiss. Nicht bloss die guten Handschriften, sondern auch, soweit der gedruckte Apparat reicht, die geringeren und selbst die ältesten Ausgaben haben sie nicht; sie erscheinen zuerst mit manchen gleich schlechten in der Venezianer Ausgabe von 1489 aus unbekannter Quelle. Es ist möglich, dass diese Zusätze alle auf eine übrigens werthlose verschollene Handschrift zurückgehen und dass der Corrector der vaticanischen einen derselben aus der gleichen Quelle aufgenommen hat, während er die anderen ignorirte; als wahrscheinlich freilich kann ich selber diese Hypothese nicht bezeichnen.

Bedenklich endlich bleibt auch die Altersfrage. Die Interpolation im Alexander sieht ganz danach aus, als wäre sie ungefähr in der Zeit entstanden, in welcher sie auftritt; und wenn die Einlage im Caracalla eine Fälschung ist, so kann sie auch nur einer Epoche zugeschrieben werden, welche den Papinian kannte und verehrte. Man möchte gern dafür den gleichen Termin ansetzen; indess auch im XIII. Jahrhundert wird eine solche Interpolation nicht allzusehr befremden.

III.

Inschrift von Kos.

Von

Th. Mommsen.

Für das römische Appellationsverfahren ist ein auf der Insel Kos zum Vorschein gekommenes Bruchstück von Wichtigkeit; dasselbe ist von den HH. Hauvette-Besnault und Dubois im Bull. de corr. hell. 5 (1881) S. 237 publicirt und kürzlich abermals von Herrn W. R. Paton in Aberdeen abgeschrieben und abgeklatscht worden, welcher letztere durch meinen Freund Ramsay mir diesen Text in Abschrift und Abdruck mitgetheilt und die Veröffentlichung an dieser Stelle bereitwillig gestattet hat. Bei der schwierigen und keineswegs überall gesicherten Ergänzung habe ich sprachlich und sachlich Kaibels und Pernices Rath und Hülfe in Anspruch nehmen dürfen.

. . . .

[φανερὸν δ' ἐκ τοῦ ὑμετ]έρου ψηφίσμα-
[τος, ὅτι ὁ δεῖνα τὴν ἔκκ]λησιν ἔθετο ἐπὶ
[τὸν δεῖνα, εἰ καὶ ἠσ]θόμην ἐπηρείας
[χάριν] αὐτὸν [τοιο]ῦτο πεποιηκέναι. Δε-
5 *[ήσει τ]οίνυν, εἰ μὲν ἐπὶ τὸν Σεβαστὸν*
[ἡ ἔκ]κλησις γείνεται, πρότ[ε]ρον ἐμὲ
[ἐξετ]άσαι τὴν αἰτίαν, εἰ δὲ ἐπ' ἐμέ, τὸ
[παρὸ]ν ἀξιόχρεως λαβεῖν τοὺς ἄρ-
[χοντ]ας δειναρίων δισχειλίων π[ε]ν-
10 *[τακοσίων κατὰ] τὸ προτεθὲν ὑπ' ἐ[μ]ο[ῦ δι-]*

4 ///**ΛΥΤΟΡ** ///ι(oder Υ)**ΤΟ** Paton, **ΑΥΤΟΙ** ///**ΤΟ** Bull. — 4. 5 *δε[ῖ| μέντ]οι νῦν* Paton. — 5 **ΕΙΜΕΝΕΠΙΤΟΝ** fehlt Bull. — 6 **ΓΕΙΝΕΤΑΙ** ιι**ΡΥ**ι/**ΡΟΝ** Paton, **ΓΕΙΝ**/**Τ**///**υ**ιL Bull. — **ΕΜΕ** Paton, **ΕΜΕΙΝ** Bull. — 7 **ΕΜΕ** Paton, **ΕΠΕ** Bull. — 9 a. E. **Π**/**Ν** Paton, **ΠΛ** Bull. — 10 ιιιι//// |υιι**Γυ****ΤΕ**/**ΕΝ** Paton, //////**υ**ιι **L**/**ΤΕ**//**Ν** Bull., **ΥΠΕΙ**/◯/**Σ** Kaibel nach dem Abklatsch: 'das letzte Zeichen sieht ganz anders aus als die übrige Schrift und ist wohl gar kein Buchstab'; ιιι**ΕΙ**/**Ο**/**Σ** Paton, **ΥΠΕΙΟ**/‾

[άταγ]μα διὰ τοὺς φυγοδικοῦντας. (leerer Raum)

2 . . .ς πρὸς ταῦτα μὴ γ . . . .

. . . .

Bull. Auch mir erschien das Schlusszeichen, wie Kaibel es giebt; die Ergänzung ist also unsicher; διάταγμα, was Pernice vorschlägt, passt sachlich besser als Ramsays σχῆμα. — ΦΥΓΟΔ/ΚΟΥΝΤΑΣ Paton.

2 ΜΗΓ Paton, ΥΝ Bull. — Wo nichts angemerkt ist, bestätigt der Abklatsch Patons Lesungen.

Zweifellos ist dies das Bruchstück eines Schreibens des Proconsuls der Provinz Asia an die freie Stadt Kos. Es handelt sich allem Anschein nach um eine Appellation, deren Einlegung der Proconsul missbilligt; denn ἐπηρείας [χάριν] heisst wohl nichts anderes als *iniuria, non iuste.* Der Appellant, der αὐτὸς der Z. 4, muss wohl der Vertreter der Stadtbehörde, ihr ἔκδικος oder σύνδικος sein, theils weil der Proconsul aus einem Decret derselben von der Appellation erfährt, theils weil das für das Succumbenzgeld erforderliche Versprechen von den Archonten gefordert wird [1]). Sonst erhellt weder der Gegenstand des Rechtsstreits noch warum der Statthalter die Appellation schon in diesem Stadium tadelt. Ausgesprochen war nur die Appellation selbst, nicht die anzurufende Behörde; es bestand die Alternative, wie sie in dem Hadrianischen Reglement für die der freien Stadt Athen zukommenden Oellieferungen (C. I. A. III, 39) aufgestellt wird: den Process entscheidet die Bule entweder allein oder mit Zuziehung der Volksgemeinde, die Appellation aber geht an den Kaiser oder an den Proconsul (ἐὰν δὲ ἐκκαλέσηταί τις ἢ ἐμὲ ἢ τὸν ἀνθύπατον, χειροτονείτω συνδίκους ὁ δῆμος). In dem ersten Fall behält sich der Statthalter die Prüfung vor, ob er dieser Appellation stattgeben will oder nicht. In dem zweiten Fall will der Proconsul zunächst die Archonten verantwortlich machen für die Succum-

[1]) Wäre es sprachlich zulässig ἀξιόχρεως als Substantiv zu fassen, also zu übersetzen: 'es müssen die Archonten Bürgen nehmen zum Belauf von 2500 Denaren', so würde sich die Sache viel einfacher stellen: dann würde der Process zu denken sein als geführt von zwei Privaten vor dem städtischen Gericht und wiese der Proconsul dieses an die Bürgschaft zu fordern. Aber es ist dies sprachlich wohl nicht möglich. Uebrigens besteht auch bei dieser Annahme alles, was weiterhin über diese Inschrift ausgeführt ist.

benzsumme, also sie anhalten dieselbe zu versprechen, wie das wegen (διὰ) der zu Unrecht Appellirenden ergangene proconsularische Edict dies vorschreibt; denn dies wird gemeint sein. Dies entspricht dem allgemeinen bei Paulus sent. 5, 33 erörterten Verfahren: die Summe kann deponirt werden, wird aber in der Regel promissorisch sicher gestellt. Dass das Unterliegen im Appellationsverfahren hier als φυγοδικεῖν bezeichnet wird, ist angemessen, insofern die Succumbenzsumme als verwirkt galt, wenn die Appellation nicht oder nicht gehörig begründet ward — im gleichen Sinn nennt Diocletian (cod. Iust. 7, 62, 6, 6) diese Bürgschaften *cautiones de exercenda provocatione,* und die *moratoriae cautiones* (Paul. 5, 35, 2) mögen nichts sein als besondere ausdrücklich gegen die Verschleppung der Rechtfertigung der Appellation gerichtete Clauseln. Die Processualisten werden dies Document in Zukunft mit zu berücksichtigen haben.

Aber es hat auch staatsrechtliches Interesse. Einmal ist es für die Stellung der freien Städte von Wichtigkeit, dass sowohl von Athen wie von Kos nicht bloss an den Kaiser, sondern selbst an den Proconsul appellirt werden kann, obwohl noch Kaiser Traianus sich nicht das Recht zuschreibt ein Decret der freien Stadt Amisus im ordentlichen Wege Rechtens zu cassiren (Staatsrecht 3, 688). Nicht minder bemerkenswerth aber ist es, was Ramsay mit Recht der Inschrift entnahm, dass der Statthalter danach der Appellation an den Kaiser und überhaupt wohl der Beschickung des Kaisers aus seiner Provinz Folge zu geben wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Es ist dies für die Unterthanengemeinde schon von mir angenommen worden (Staatsrecht 3, 742); hier wird es nun sogar auf die freie Gemeinde angewandt. Dass die Ablehnung eines derartigen Gesuchs für den Statthalter auch bedenklich werden konnte, leuchtet andererseits auch ein.

Zu Z. 2 bemerkt Kaibel: „ἔθετο τὴν ἔκκλησιν ist eine ungewöhnliche Ausdrucksweise; für *appellare* oder *appellationem facere* würde man ἐποιήσατο τὴν ἔκκλησιν erwarten. Vielleicht soll jenes nicht 'Berufung einlegen', sondern 'Berufung anmelden' heissen und ist zu ergänzen [ὅτι δικαίως τὴν ἔκκ]λησιν ἔθετο.“ Ausserdem fügt er hinzu: „Die grie-

chische Benennung der Caution παραβόλιον ist bei Pollux 8, 63 überliefert. παραβόλιον und φυγοδικεῖν stehen zusammen in dem Schreiben des Proconsuls P. Cornelius Scipio an die Stadtgemeinde Thyateira (Viereck sermo Graecus quo senatus p. q. R. usi sunt n. VIII = Bull. de corr. hell. 10, 399), das freilich, zerstört wie es ist, eine sichere Erklärung nicht zulässt, aber ebenfalls einen Fall der Appellation behandelt."

IV.

Zu Cicero de legibus II, XIX—XXI.

Von

Herrn Dr. **B. Kübler**
in Braunschweig.

Im 9. Bande dieser Zeitschrift hat Burckhard die schwierigen Capitel 19—21 aus dem zweiten Buche von Ciceros Schrift über die Gesetze eingehend besprochen. Er prüft mit grosser Sorgfalt alles, was bisher über diese Stelle vorgebracht ist, interpretirt sehr klar den überlieferten Text, den er mit Vorsicht und Bedacht behandelt, zeigt vor allem, wo die Hauptschwierigkeiten stecken, und giebt, nachdem er die früheren Erklärungen widerlegt hat, seine eigene Lösung der Aporia. Wir geben zu, aus seiner lichtvollen Erörterung ungemein viel gelernt zu haben; aber mit seinem Resultate können wir uns nicht einverstanden erklären. Wir müssen vielmehr noch einmal auf diese Frage zurückkommen, und wollen unsererseits versuchen, mit unserem Laienverstande Ciceros Worte zu deuten. Es sollte uns freuen, wenn es uns dadurch gelänge, die Ehre der Philologen zu retten, welche Burckhard in seinem Aufsatz in ähnlicher Weise anzapft, wie Cicero an jener Stelle die Juristen.

Es handelt sich an der fraglichen Stelle um die sacra privata, deren Ableistung man, wie es scheint, häufig als eine

unbequeme Last ansah, welche man sich gern von den Schultern wälzte. Namentlich bei Erbschaftstheilungen mochte es oft vorkommen, dass der eine der Erben dem anderen diese unangenehme Beigabe zuzuschieben suchte, und hierbei traten denn mancherlei schwierige Fragen zu Tage. Cicero macht nun den Priestern den Vorwurf, zumal den beiden Mucius Scaevola, sie hätten in solchen Fällen das Interesse der betreffenden Erben über dasjenige der sacra, das ihnen zuerst hätte am Herzen liegen müssen, gestellt, oder der Jurist hätte es in ihnen über den Priester davongetragen. Sie hätten selbst den Erben die Kniffe und Pfiffe gezeigt, die ihnen geholfen hätten, sich von jener Last der sacra zu befreien. Als leitender Grundsatz, sagt Cicero, galt, dass die Pflicht der sacra dem auferlegt wurde, der das Vermögen erhielt (§ 48 ut . . iis essent ea (sacra) adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit). Wer war das aber? Darauf antworten die Scaevola mit fünf Fällen, nämlich 1) der Erbe. 2) Derjenige, welcher morte testamentove ebensoviel erhält, als alle Erben zusammen. 3) Wenn kein Erbe da ist, qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo. 4) Im Falle, dass auch ein solcher nicht existire, der etwas erhalten habe, derjenige aus der Zahl der Gläubiger des Verstorbenen (so ist doch wohl de creditoribus eius zu verstehen), der am meisten rette (qui plurimum servet). 5) Der Schuldner des Verstorbenen, der seine Schulden an niemand zu bezahlen habe, gelte als Empfänger. Die Früheren, fährt Cicero fort, unterscheiden nur drei Fälle; auf diese kommt uns hier nichts an, da Cicero den Priestern folgt.

Nachdem nun der Hauptsatz, dass die sacra mit der pecunia zusammengehören, noch einmal wiederholt ist, werden die Schliche besprochen, durch die man diesen Satz zu umgehen sucht. Es sind deren drei, und sie werden zweimal aufgeführt, zuerst in §§ 50. 51 und nachher in § 53. Dazwischen steht in § 52 eine Apostrophe an die beiden Scaevola, in denen diesen beiden Juristen ihre Rabulisterei scharf vorgehalten wird. Der erste der drei Schliche ist allerdings im § 50 nicht erwähnt, wir lernen ihn aber aus der zweiten Stelle kennen. Er besteht darin, dass der Erblasser, der dem Legatar ebensoviel vermachte als den Erben zusammen, eine

kleine Summe, gewöhnlich 100 nummi, von dem Legate abzog. War das nicht geschehen, sei es unbewusster Weise oder in bewusster Absicht, so half sich der Legatar dadurch, dass er nicht das ganze Legat nahm, sondern etwas weniger. Der dritte Ausweg war der, dass der Legatar die Erben durch nexi liberatio befreite, sich aber zugleich, wie wir allerdings erst aus § 53 lernen, des Legats durch Stipulation versicherte. Sehen wir davon ab, dass der erste Ausweg erst an der zweiten Stelle (§ 53) von Cicero erwähnt wird und daher der § 50 für den Uneingeweihten recht schwer verständlich ist, auch das atque etiam dant hoc Scaevolae sich nicht ganz leicht an das Vorangehende anschliesst, so ist alles völlig klar. Es steht aber im § 51 noch ein Satz, der beim ersten Anblick absolut nicht in den Zusammenhang zu passen scheint und der deshalb auch von mehreren als Interpolation getilgt worden ist. Wir setzen die ganze Stelle noch einmal hierher:

Atque etiam dant hoc Scaevolae, quom est partitio, ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. in donatione hoc idem secus interpretantur et quod pater familias in eius donatione, qui in ipsius potestate est, adprobavit, ratum est, quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est.

Die Worte von „in donatione hoc idem" an sind es, welche den Ausgangs- und Endpunkt von Burckhards Abhandlung bilden. „Was für eine Schenkung ist es", fragt er, „um die es sich hier handelt? Wer ist der schenkende paterfamilias, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung seines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich ratihabirt? Was ist es, was die pontifices, und zwar die Scaevolae, hier anders interpretiren? Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?"

Wenn man den Wust ansieht, der von Philologen und Juristen zu Beantwortung dieser Fragen zusammengeschleppt ist, kann einem angst und bange werden. Die richtige Antwort ergiebt sich aus der einfachen und ungezwungenen Interpretation der Worte Ciceros. Bevor wir sie aber geben, müssen wir Burckhards Lösung mit einem Blick betrachten. Er hält

donatio mortis causa für ausgeschlossen und versteht unter donatio hier donatio inter vivos, und zwar handelt es sich nach ihm „um eine Schenkung des legatarius partiarius, um eine Minderung des erworbenen Vermächtnissbetrages durch seine bezüglich seines Hauskindes unentgeltliche Veräusserung". Es stand dem Legatar frei, um sich von der Last der sacra frei zu machen, seine Rechte nicht auf den ganzen Umfang der ihm legirten Güter geltend zu machen; er durfte zwar nicht einen Theil des Legats repudiare, wenn er nicht auf das ganze Legat verzichten wollte, aber er konnte es unterlassen, alles und jegliches, was zum Legate gehörte, in Besitz zu nehmen. Starb er, so konnte sein Erbe nachträglich die betreffenden Güter nachfordern. So wird von Burckhard das minus capere richtig erläutert. Es gab aber nach ihm auch einen anderen Ausweg. Der Legatar konnte auch einen Theil des Legats verschenken oder durch seinen Haussohn verschenken lassen, und sich dann darauf stützen, dass er doch thatsächlich nicht soviel habe, als die übrigen Erben zusammen; denn auf das thatsächliche „Haben" komme eben alles an. Soweit seien nun die Scaevolae nicht gegangen, und bei einer solchen donatio hätten sie eine andere Interpretation gegeben.

Wir unsererseits können, wenn wir von der philologischen oder besser gesagt grammatischen Auslegung der Stelle ganz absehen, zu dieser Erklärung nur sagen: Wenn das juristisch möglich ist, so scheint uns allerdings summum ius identisch zu sein mit summa iniuria. Was für einen rechtlichen Zusammenhang hat eine solche Schenkung mit der Frage, auf die es hier allein ankommt, wer von den Gütern des Verstorbenen mehr erlangt habe, die Erben oder der Legatar? Es ist eine Wortverdrehung schlimmster Art, wenn auf das „Haben" der ganze Nachdruck gelegt wird; nicht darauf kommt es an, quis (oder uter) plus habeat, sondern quis plus capiat, und zwar quis plus capiat morte. Und wozu vollends erst der Ausweg, dass der Legatar nicht selbst schenkt, sondern durch einen Sohn schenken lässt! Wir glauben nicht, dass sich diese gekünstelte Erklärung viel Freunde erwerben wird.

Suchen wir also die oben angeführten Fragen Burckhards richtiger zu beantworten.

I. „Was für eine Schenkung ist es, um die es sich hier handelt?" Eine donatio mortis causa, wie fast alle annehmen, und wie der Zusammenhang und die Stellung des Wortes donatio erfordert. Im Gegensatz zu „quom est partitio" ist „in donatione" hier in significanter Weise, wie wir Philologen uns auszudrücken pflegen, an die Spitze gestellt. Wer sich das recht klar machen will, der lese die Worte laut mit richtiger Betonung.

II. „Wer ist der schenkende paterfamilias, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung eines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich ratihabirt?" — Niemand; es schenkt gar nicht der Vater, sondern der Sohn; mit keiner Gewalt des Himmels und der Erde kann man die Worte in eius donatione, qui in ipsius potestate est anders auslegen.

III. „Was ist es, was die pontifices, und zwar die Scaevolae, hier anders interpretiren?" Das minus capere.

IV. „Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?" Dasselbe minus capere.

Gegen diese Erklärung geht zwar Burckhard an zwei Stellen scharf vor, pp. 288 ff. und pp. 317 ff. Aber alles, was er dagegen vorbringt, zeigt eben nur, dass die Scaevola gute Gründe hatten, bei dieser donatio eine andere Interpretation anzuwenden als bei der partitio. Nur müssen wir uns freilich vor dem bereits in Frage II ausgesprochenen Irrthum frei machen, als sei der paterfamilias der Schenkende. Auf diese falsche Annahme stützt sich die ganze Deduction Burckhards auf S. 319. Er spricht es auch dort noch einmal aus: „Handelte es sich — wovon, wenn einmal mortis causa donatio angenommen wird, doch ernstlich allein die Rede sein kann — um eine mortis causa donatio des Erblassers" etc. Aber darum handelt es sich eben nicht, sondern um eine Schenkung des Sohnes; diese aber ist gegenübergestellt einem legatum partitionis, resp. testamentum des paterfamilias. Warum das? Weil ein Haussohn kein Testament machen kann; Gai. D. 28, 1, 6 pr. „Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, — nihilo magis tamen iure testari possit". Wie

wurde die Bestimmung nun umgangen? Durch donatio mortis causa: Marcian. D. 39, 6, 25, 1. „Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest". Wie uns scheint, lösen sich, sobald man diese beiden Sätze festhält, alle Schwierigkeiten. Der Sohn schenkte mortis causa ein peculium einem anderen, sei es mit, sei es ohne Wissen des Vaters. Die Schenkung ist angenommen, aber sie wird erst perfect mit dem Tode des Sohnes, und auch dann nur, wenn sie mit Wissen und Willen des Vaters vollzogen ist. Ist das nicht geschehen, so muss die Ratihabition des Vaters zum Tode des Sohnes hinzukommen, um die Schenkung perfect zu machen. Es kann nun der Fall eintreten, dass der Beschenkte ebensoviel erhalten hat, als dem Vater nach Abzug dieser Schenkung von seinem Vermögen noch übrig bleibt, und dass deshalb der letztere von jenem die Uebernahme der sacra verlangt. In diesem Falle standen die Priester dem Vater zur Seite; es war natürlich auch jetzt dem Beschenkten erlaubt minus capere, gerade wie dem Legatar. Aber das nützte ihm nichts, denn hier interpretirten die Priester hoc idem, d. h. das minus capere anders. Es kam zur Entscheidung der Frage quis sacris adstringatur nicht darauf an, quid ceperit is, cui mortis causa donatum erat, sondern quid pater familias in donatione adprobaverit. Der Sohn hatte einem anderen beispielsweise 5000 vermacht. Die Schenkung war angenommen und vom Vater genehmigt. Nach dem Tode des Sohnes stellt sich heraus, dass der Vater auch nur 5000 hat; er verlangt daher, dass jener Beschenkte die sacra übernimmt. Dieser sucht sich damit zu helfen, dass er nur 4900 usucapirt. Natürlich kann ihn keiner zwingen, auch die letzten 100 zu nehmen. Aber für die Entscheidung des Rechtsstreites ist das gleichgültig; nachdem der Vater die Schenkung in der Höhe von 5000 genehmigt hat, fällt der richterliche Urtheilsspruch über die sacra privata dieser Entscheidung des Vaters entprechend aus. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn die donatio mortis causa ohne Wissen des Vaters erfolgt ist und nun nach dem Tode des Sohnes vom Vater bestätigt wird. Denn auch dann fragt es sich, wenn die Schenkung ratihabirt ist, nur, wie hoch die Schenkung war, nicht quantum ceperit

is, cui donatum est. Es brauchte auch der Streit nicht immer zwischen dem Vater des Verstorbenen und dem Beschenkten stattzufinden. Es mochte oft genug der Fall eintreten, dass der Vater schon vor dem Sohne gestorben war. Auch dann fragte es sich nur, ob die Schenkung vom Vater genehmigt war, und es half dem Beschenkten nichts, wenn er weniger nehmen wollte als der Erbe.

Es scheint uns hiernach der Grund ersichtlich zu sein, warum Cicero bei der donatio hauptsächlich vom filius familias und vom pater spricht. Jeder andere Bürger, als der filius familias, qui sub potestate erat, konnte seinem letzten Willen durch Testament und Legate Ausdruck geben. Der Haussohn konnte sich nur durch donatio mortis causa helfen. Und wie oft mochten solche Fälle vorkommen! Denken wir doch nur an Ciceros Zeiten! Fortwährend standen die Söhne der besten Familien im Felde dem Feinde gegenüber; lag es da nicht oft genug nahe, an den Tod zu denken und über seinen Nachlass Verfügungen zu treffen?[1]) Wir brauchen gar nicht an Fälle zu denken, wo der Sohn über sein peculium gegen den Willen seines Vaters zu verfügen wünschte; wenn er im Felde stand und seine Habe durch donatio mortis causa vermachte, so konnte er nicht erst die Genehmigung des Vaters einholen. Fiel er nun, so war hinterher die Genehmigung des Vaters doch noch nöthig. Leicht lassen sich auch, ausser dem Kriege, andere Fälle erdenken; z. B. ein Haussohn ging als legatus eines hohen Beamten in die Provinz und traf seine letzten Anordnungen, ehe er die gefährliche Seereise antrat. Wir führen dies nur an, um Burckhards Frage zu beantworten (p. 291), „ob dieser dem Legat der Hälfte des Nachlasses entsprechende Fall (der donatio mortis causa) wohl je vorkommt?“ Warum sollte der Officier nicht einem lieben Kameraden oder seiner Gattin oder seinen Kindern daheim die Hälfte seines Vermögens oder auch das gesammte Hab und Gut mortis causa schenken?

Ebenso leicht, wie uns dünkt, erledigt sich der andere Einwand Burckhards (p. 317), bei der mortis causa donatio

---

[1]) Die libera testamenti factio wurde den Soldaten erst von Caesar gegeben. D. 29, 1, 1 pr.



lasse sich eine Unterscheidung zwischen Zuwendung von Seiten des Verstorbenen und thatsächlicher Geltendmachung bezüglich Nichtgeltendmachung derselben gegen die Erben gar nicht denken. Zur Schenkung gehöre Annahme des Beschenkten u. s. w. Ganz dasselbe, was hier von der Schenkung ausgeführt wird, gilt, wie Burckhard selbst auf p. 325 ausführt, auch vom Legat. Der Beschenkte muss freilich die Schenkung annehmen, wenn sie gelten soll; aber auch der Legatar kann entweder nur das ganze Legat annehmen oder er muss auf das ganze Legat verzichten. Ein theilweises Annehmen des Legates giebt es nicht. Wenn dennoch die pontifices bei dem Rechtsstreit über die sacra die Einrede des Legatars gelten liessen, er habe nicht die ganze Summe genommen, so konnte man allerdings erwarten, dass derselbe Grund auch bei der donatio hätte angeführt werden können. Aber dem war eben nicht so, in donatione hoc idem secus interpretabantur.

Was war der Grund, dass die pontifices bei der donatio anders entschieden? War es wirklich der von Cicero ihnen so heftig vorgehaltene, war es wirklich ihre Vorliebe für Juristerei? Wir kennen Cicero aus seinen Reden als einen in allen Advocatenkünsten wohl geübten Anwalt, dem man nicht ohne weiteres trauen darf; wir werden auch hier gut thun, die Sache einmal von der anderen Seite anzuzehen und zu untersuchen, ob nicht vielleicht auch vom priesterlichen Standpunkte gute Gründe gefunden werden konnten zu der verschiedenen Auslegung. Cicero sagt (§ 50): pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt isdemque ferias (Mommsen sehr gut: hereditates) et caerimonias adscribendas putant. Also die Priester ketteten die sacra an das Geld! Cicero selbst dagegen rühmt sich den Satz zu vertreten (§ 47): ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et . . perpetua sint sacra? Wie, wenn dieser Satz aber gerade die Priester leitete und sie zu ihrer verschiedenen Auslegung veranlasste? Bei dem legatum unterstützten sie den Legatar, wenn er sich der Uebernahme der sacra entziehen wollte; sie wollten eben soviel als möglich dafür sorgen, dass die sacra bei der familia blieben, und es kam ihnen dabei nicht darauf an, selbst ein so schwaches Rechtsmittel, wie das minus capere, gelten zu lassen. Bei der donatio war dieser Ausweg weniger nöthig.

Hatte der Haussohn insciente patre einem Fremden sein peculium vermacht, so konnte der Vater mit einem Worte die ganze Schenkung annulliren. Hatte er aber, und das war wohl das gewöhnliche, sein Gut durch donatio seiner Gattin oder seinen unmündigen Kindern vermacht, sei es mit oder ohne Wissen des Vaters, so konnten die Priester ruhig zugeben, dass die Kosten der sacra, wenn der Vater die Schenkung genehmigte, aus dem Vermögen der Wittwe oder der Enkel bestritten wurden. Denn sie blieben doch in diesem Falle immer in der Familie.

V.

Emendationen des Pandektentextes.

Von

Herrn Dr. **B. Kübler**
in Braunschweig.

Hiermit möchte ich mir erlauben, dem Urtheil der Juristen einige Verbesserungsvorschläge zum Texte der Digesten zu unterbreiten. Obwohl sie sich zumeist auf sprachliche Beobachtungen stützen, so dienen doch auch sie dem Endzwecke vieler in dieser Zeitschrift veröffentlichter Arbeiten, der Herstellung der ursprünglichen unverfälschten Gestalt der Schriften römischer Juristen.

Gaius liber quarto decimo ad edictum provinciale. D. 38, 1, 19: *aut certe ita exigendae sunt ab eo operae, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis tempus ad quaestum faciendum, unde ali possit, habeat.* Dass Gaius „*satis tempus*“ geschrieben habe, ist nicht glaublich, obwohl in seinen Institutionen eine analoge Verbindung von satis nicht vorkommt. Aber Gaius schreibt in dem citirten Fragment den Neratius aus. cf. h. t. 22, 2 und Ner. 38, 1, 50:

Gaius	Neratius
in omnibus operis praecipue observandum est, ut temporis spatia, quae ad curam corporis necessaria sunt, liberto relinquantur.	non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.

Da in dem Fragment des Neratius richtig *satis temporis* überliefert ist, so werden wir dasselbe auch beim Gaius herstellen dürfen.

Pomp. 7, 1, 19 pr.: *Si ille heredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usum fructum do lego.* Die Verbindung *per se non fore, quo* ist ohne jede Analogie; sehr häufig dagegen *per se non esse, quominns.* Dass dies hier zu emendiren ist, beweist der Text der Basilika zur Evidenz, wo es heisst: *μὴ κωλύειν αὐτὸν ὑψοῦν τόνδε τὸν οἶκον.* Man nehme nicht Anstoss an dem allerdings wenig eleganten Nebeneinander der beiden Comparative *minus altius; quominus* gilt ebenso als ein zusammengehöriger Begriff, wie *altius tollere.* Höchst auffällig dagegen schreibt Ulp. D. 27, 9, 5, 10 *sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo;* doch erscheint es hier geboten, vor der Hand nichts zu ändern; die beiden Comparative sind möglicher Weise durch eine ähnliche Abundanz des Ausdrucks zu erklären, wie *malle magis* oder *potius* Rescr. Hadr. ap. Paul. D. 48, 20, 7, 3: *cum ampliari imperium hominum adiectione potius quam pecuniarum copia malim.* Paul. D. 39, 6, 35, 2: *illum potius quam se habere mavult.* ibid. *recepisse potius quam dedisse mavult*[1]).

Pomp. D. 8, 2, 25, 1. *Si ex tribus aedibus in loco impari positis aedes mediae superioribus serviant aedibus, inferiores autem nulli serviant.* Für *nulli* wird *nullis* zu schreiben sein, scil. *aedibus.*

Pomp. D. 24, 1, 31, 7. *Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae*

---

[1]) Im sinkenden Latein ist diese Verbindung häufig.

relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Mommsen ändert *malivolos* in *malivolo*, was ich nicht anders verstehen kann, als dass *malivolo* Adverb sein soll; diese Form ist jedoch unbezeugt, das Adverbium heisst *malivole. Malivolos* ist ganz richtig, es ist Acc. Plur. und mit *maiores* zu verbinden. Aber die Stelle ist lückenhaft überliefert. Proculus sagt, die Vorfahren hätten in solchen Fällen den Schenkenden unterstützt, denn sie hätten mit dem Gesetze, durch welches die Schenkung zwischen Gatten verboten wurde, beabsichtigt, zu verhüten, dass der eine der Gatten durch die Liebe zum andern beraubt würde, nicht als boshafte Menschen, dass der eine der beiden Gatten reicher würde. Wie die Worte jetzt überliefert sind, folgt der Satz mit *ne* ohne jeden Zusammenhang auf das Vorhergehende; ein befriedigender Ausdruck wird hergestellt, wenn wir beispielsweise einschieben *hoc spectantes,* also: *in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait hoc spectantes, ne etc.,* worauf denn *malivolos* dem *hoc spectantes* coordinirt ist. Verhehlen kann ich freilich nicht, dass mir, indem ich dieses schreibe, der ganze Zusatz höchst schwülstig erscheint, sodass ich ihn fast lieber dem Tribonian und seiner Sippe zuschreiben möchte. Pomponius' Fragment würde dann mit den Worten *Proculus ait* schliessen. Sollte etwa *malivolos* ein nach griechischer Weise auf ως gebildetes Adverbium sein und so recht deutlich den Interpolator verrathen?

Pomp. D. 47, 12, 5: *legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius aditus ambitus funeri faciendi sit.* Die schwer verdorbene Stelle sucht Mommsen unter Anführung einer Reihe von Inschriften so zu heilen: *ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, itus aditus ambitus sacrificii faciendi sit.* Dadurch wird aber *eius* ebensowenig erklärt als *funeri,* auch bleibt der Genetiv *sacrificii faciendi* anstössig. Ich glaube, dass aus *eius* herzustellen ist *actus* [ЄIUS = (A)CTUS]. Diese Emendation ist palaeographisch sehr wahrscheinlich und sachlich durch Inschriften gestützt (Bruns, Font. [3] p. 311, Nr. 42. 47). *Funeri* ist zwar durch keine mir bekannte Inschrift belegt; da

es aber an und für sich nicht anstössig ist, so möchte ich es nicht tilgen und lieber danach den Ausfall von *sacrificiive* annehmen. Natürlich ist dann auch statt *funeri* herzustellen *funeris*. Nach *faciendi* aber halte ich *causa* für unentbehrlich und schreibe demnach die ganze Stelle so: *ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, itus* [1]) *actus aditus ambitus funeris sacrificiive faciendi causa sit.*

Ich schliesse eine Anzahl von Stellen an, bei denen ich den Ausfall eines oder mehrerer Worte glaube annehmen zu müssen.

Paul. D. 18, 7, 9: *et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se eandem legem repetierit;* hinter *se* ist *causa* ausgefallen. cf. Fuchs, Krit. Stud. p. 42 zu Iul. D. 40, 4, 5, 1.

Iul. Aquil. D. 26, 7, 34: *Respondit ad instruendam diligentiam iudicantis et pupillorum utilitatem admittendam servos quoque eorum interrogari posse.* Für das sinnlose *admittendam* schlägt Mommsen vor: *adiuvandam*. Ich glaube aber, dass daneben auch admittendam stehen bleiben muss, nur mit der kleinen Aenderung admittendum. Die Abundanz: *admittendum servos . . interrogari posse* ist nicht ohne Beispiele. cf. Ulp. 3, 4, 7, 2. 7, 8, 4, 1; 12 pr. 29, 2, 6, 4. 32, 11, 13. 33, 4, 1, 1. 48, 5, 28, 9. Paul. 46, 3, 98, 8.

Ulp. D. 38, 2, 3, 6: *Patronus contra ea bona liberti omnino non admittitur, quae in castris sunt quaesita.* Es ist zu verbessern: *Patronus contra (tabulas ad) ea bona liberti omnino non admittitur.*

Ulp. D. 24, 1, 32, 10 sq. ist stark von den Interpolatoren überarbeitet, wodurch einiges Echte verdrängt worden ist. Zu tilgen ist zunächst die alberne Bemerkung: *plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa. Plerique* in der Bedeutung „einige“ ist zwar im silbernen Latein ganz gewöhnlich, *plerique* — *plerique* aber gesagt wie *alii* — *alii* ist mir unbekannt und auch von den Lexicis nicht bezeugt. Im folgenden Paragraphen sind die Worte *deinde matrimonium restauratur* von Mommsen beseitigt.

---

[1]) Oder doch *iter*? trotz Mommsens Widerspruch? Jedenfalls konnte *item eius* leichter aus *iter actus* als aus *itus actus* verdorben werden. Und ganz ohne Analogie ist *iter* doch nicht, cf. Br. Font. XV, 48: *neque iter ambitum introitum ullum in eo habere.*

Der § 12 erscheint wegen des *frivusculum,* das, soviel ich weiss, ausser an dieser Stelle nur beim Isidorus begegnet, zweifelhaft. Inhaltlich scheint er mir zu den Auseinandersetzungen Ulpians zu passen wie die Faust aufs Auge. Doch masse ich mir darüber keine Entscheidung an. In § 13 halte ich die weise Bemerkung: *non enim coitus matrimonium facit, sed affectio maritalis* für ebenso interpolirt wie Ulp. D. 35, 1, 15: *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.* Denn dass der coitus allein ebensowenig zur Herstellung eines matrimonium ausreichte, als concubitus mit nuptiae identisch war, brauchte Ulpian nicht erst besonders hervorzuheben, und war in diesem Zusammenhang vollends höchst überflüssig. Obendrein ist der Ausdruck *maritalis affectio* verdächtig. Die Ausführungen des § 14 erweisen, dass im Anfang etwas ausgefallen ist. Nach den Worten: *et prius illud volo tractare* wird der Fall besprochen, dass beide Ehegatten gestorben sind, darauf derjenige, dass beide in Gefangenschaft gerathen sind. Demnach dürfte der Anfang des Paragraphen so zu ergänzen sein: *(Quid vero, si ambo decesserint? vel) si ambo ab hostibus capti sint* etc.

Vor *atque* hat Mommsen an zwei Stellen *aeque* einzuschieben verlangt[1]): Afr. D. 30, 109 pr. *alioquin et frustra legaturus sit (aeque) atque si ita exprimat* und Alf. D. 33, 8, 14: *quare recte peculium legatum esse videri (aeque) ac si prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus est.* Allein das blosse *ac si* oder *atque si* = *quasi* ist in silberner Latinität nicht nur sonst nicht selten, sondern es finden sich auch in den Digesten Belege, wenn mir auch von Alfenus gerade kein Beispiel zur Hand ist: Marcian D. 30, 114, 7: *verius esse existimo . . . valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset;* ebenso Tryph. 23, 3, 76. Paul. 41, 4, 2, 8. Blosses *atque* (ohne *si*) Paul. D. 5, 4, 5, 1: *numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Ita — atque* Ulp. D. 5, 1, 19, 3: *quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit.* In ähnlicher Weise findet sich nicht selten *quam* ohne vorhergehenden Comparativ oder Vergleichungs-

[1]) aeque — atque habe ich überhaupt weder bei Alfenus noch bei Africanus gefunden; bei beiden dagegen wiederholt perinde — atque.

partikel. Iul. ap. Ulp. D. 29, 2, 20 pr.: *pro herede gerere non esse animi quam facti.* Scaev. D. 32, 102 pr.: *chirographis exactis quam pecunia erogata.* Pap. D. 12, 7, 5, 1: *sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse.* Paul. D. 18, 4, 21: *potest videri ut negotium eius agam quam hereditatis.* Ulp. D. 5, 1, 2, 6: *alioquin compelletur iudicium accipere quam invenire eos qui satis pro eo dent.* 16, 3, 7, 1: *cum posset non suscipere talem causam, quam decipere.* 26, 10, 5: *expedit pupillo rem suam salvam fore quam tabulas — habere.* 21, 2, 20, 5: *haec enim actio poenam et vindictam, quam rei persecutionem continet.* 30, 49, 5: *interest eius solvi mihi, quam ipsum conventum mandati actionem intendere.* 36, 1, 6, 5: *interesse Sempronii potest ex institutione quam ex substitutione hereditatem habere.* An allen diesen Stellen kann man wohl mit Leichtigkeit durch Einschiebung von *tam* oder *magis* dem Ausdrucke nachhelfen; sie schützen einander jedoch gegenseitig vor jeglicher Aenderung.

Ut wollte Mommsen an folgender Stelle einschieben: Paul. D. 7, 1, 50: *respondit Scaevola, si priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur*; Mommsen schlägt vor: *quam eius sumptus ut ratio haberetur.* Dass aber nichts zu ändern ist, lehrt D. 33, 2, 32, 5, wo dasselbe Responsum Scaevolas aus dem 15. Buch seiner Digesten angeführt wird: *respondit, si prius quam usum fructum praestaret, necessario aedificavit, non alias cogendum restituere, quam eius sumptus ratio habeatur,* und wo Mommsen nichts angemerkt hat. (Ebenso Pap. 41, 2, 44, 2. Vgl. über diesen Gebrauch Mohr in Wölfflins Archiv für latein. Lexikogr. VI, p. 418.) Die Identität der beiden Stellen ist auch in Lenels Palingenesie noch nicht bemerkt ebensowenig wie Iul. 34, 5, 12 = Ulp. 45, 1, 80. Wie wichtig es häufig ist, die Abhängigkeit einer Stelle von der anderen zu erkennen, dafür ist ein belehrendes Beispiel Marcian. D. 48, 2, 13: *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt.* Das Rescript ist von Pap. Iust. D. 48, 12, 3, 1 überliefert: *item in haec verba rescripserunt: „Etsi non solent hoc genus nuntiationis mulieres exercere, tamen quia demon-*

straturam te quae ad utilitatem annonae pertinent polliceris, praefectum annonae docere potes." Danach ist bei Marcian zu emendiren: *divi Autoninus et Verus rescripserunt.*

Das entgegengesetzte Verfahren, wie bei den bisher behandelten Stellen, glaube ich Paul. D. 41, 2, 3, 3 anwenden zu müssen, wo ich die Streichung eines Wortes für nöthig halte. Paul. sagt § 1: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.* Dann heisst es § 3: *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio.* Das *et* vor *solo* hat die zweite Hand des Florentinus beseitigt und auch in den übrigen Handschriften fehlt es; es ist aber richtig. Dagegen muss *non* vor *posse* gestrichen werden. Denn wir verlangen einen Gegensatz gegen die aus § 1 citirten Worte des Paulus. Zur Evidenz wird diese Emendation durch das folgende Beispiel, das zu den überlieferten Worten gar nicht passt. Wenn ich weiss, dass sich auf meinem Grundstück ein Schatz befindet, heisst es, so possedire ich denselben *simulatque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.* Diese Worte geben nur Sinn, wenn wir schreiben *et solo animo posse nos adquirere possessionem*; dahinter möchte es sich empfehlen *et* einzuschieben; also: *et si non antecedat naturalis possessio.*

Soloecismen, die dem Juristen nicht zuzutrauen sind, finden sich an folgenden beiden Stellen Ulpians: D. 4, 6, 38, 1: *Iamdiu rei publicae causa abesse quis videbitur, quamdiu officio aliquo praeest,* und D. 36, 1, 17, 12: *qui munus militiae sustinebat aliove quo officio praeerat.* Die Dative *aliquo* und *alio quo* hat Ulpian auf keinen Fall geschrieben; an beiden Stellen ist zu schreiben *praeditus est* resp. *erat.* Ich finde zwar in den Wörterbüchern kein Beispiel für *officio praeditus*, doch genügen Analoga wie *potestate, dignitate, auctoritate praeditus.* Cf. Ulp. 4, 2, 23 pr. 5, 1, 81. Paul. Sent. V, 26, 1. Cic. Rep. II, 32, 56.

Ich schliesse mit einem Verbesserungsversuch zu Scaev. D. 36, 1, 80, 12. Die Erben sollen dem alumnus testatoris Gaius Maevius, sobald er fünfzehn Jahre alt ist, ein Drittel der Erbschaft auszahlen. Dann heisst es weiter: *interim ex refectu paupertatis, qui ad vos pervenerit, alatis eum ex usu-*

ris pro quantitate nummorum redactis. Wenn der Erblasser lateinisch verstand, kann er die angeführten Worte nicht geschrieben haben; ohne weitere Umschweife schlage ich vor: *interim respectu proprietatis, quae ad vos pervenerit* etc. cf. Tert. D. 41, 2, 28: *utrum quasi proprietatis respectu (conducam) an possessionis tantum.* Mod. 3, 5, 26, 1: *si pietatis respectu sororis aluit filiam.* Tryph. D. 16, 3, 31, 1.

VI.

Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft.

Von

Herrn Professor Dr. **E. Hölder**

in Erlangen.

Rudolf Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (Aus: Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum. Zwei Abhandlungen von R. Stammler und Th. Kipp). Halle a. S. 1888.

Valentino Rivalta, Il rinnovamento della giurisprudenza filosofica secondo la scolastica. Bologna 1888.

Die im Vorstehenden verzeichneten Schriften haben beide die Bedeutung eines Programmes, welches die Jurisprudenz von der eingebürgerten ausschliesslich geschichtlichen Erfassung des Rechtes abruft und sie auffordert, sich der Führung einer bestimmten Philosophie anzuvertrauen. Und zwar verweist uns der deutsche Professor auf Kant, der italienische Advocat auf den heiligen Thomas von Aquino.

Stammlers Schrift geht aus von der „geschichtlichen Rechtstheorie“ als der zur Zeit herrschenden und von der Frage nach ihrem entscheidenden Kennzeichen. Ursprünglich sei dieses die Zurückführung des Rechtes auf den Volksgeist in dem besonderen Sinne Puchtas gewesen. Seit man dagegen diese aufgegeben habe, sei das einzige unserer Juris-

prudenz noch eigene Erbe der geschichtlichen Schule die Methode. Für deren Beurtheilung sei vor allem wesentlich, „was man eigentlich zu wissen verlange", und diese Frage habe man vielfach in eine Mehrheit von Fragen aufgelöst, unter welchen es sich empfehle, als „scharf gefasste, jedem Verständigen klar erkennbare Probleme" die zwei herauszugreifen: „ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte", und „wie es möglich ist, dass aus Rechtsbruch wieder Recht entstehen kann". Die erste Frage, betont der Verfasser, sei mit Bedacht nicht „schon" dahin gefasst: „was Recht sein sollte"; denn das würde „ein solches Allgemeines" schon voraussetzen und wäre daher nicht „eine letzte sichere Fragestellung". Als „selbstverständlich" bedeutungslos für seine erste Frage „constatirt" der Verfasser die Hinweisung auf die Geschichte, welche „letzlich doch nichts bedeutet, als dass das also Erklärte jetzt . . . keinen Sinn und Verstand mehr habe" (S. 15). Vielmehr bedürfe es eines vom geschichtlichen Rechte unabhängigen Massstabes, und so sei denn auch die „gemeinigliche Behauptung", die historische Schule habe das Naturrecht überwunden, falsch. Die Frage nach dessen Existenz sei identisch mit der Frage nach „einem allgemeingültigen Bestimmungsgrunde für die Recht Setzenden, welcher ... erweisbare Geltung hätte" (S. 38). Die Existenz eines solchen bezeuge die neuere Philosophie und Politik, in welcher „die naturrechtliche Fragestellung vorherrsche", und lediglich „die beschränkte Fragestellung der geschichtlichen Rechtstheorie" verhindere, „dass man über das a priori feststehende Ziel, über den objectiven Massstab, den in der That ein jeder hat, den jedermann thatsächlich gebraucht, in das Klare kommt" (S. 44).

Seine zweite Frage nach der Möglichkeit der Entstehung von Recht durch Rechtsbruch führt der Verfasser zurück auf die allgemeine Frage: „woran erkennt man überhaupt, ob etwas recht ist". Für die Untersuchung dieser Frage sei die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie gänzlich unzureichend und vielmehr die Methode der kritischen Philosophie zum „musterhaften Vorbilde" zu nehmen. Zu solcher Forschung fordere besonders Windscheids durch die Abhandlung des Verfassers gefeiertes Doctorjubiläum auf, da

seinem die geschichtliche Rechtswissenschaft vertretenden Werke gegenüber „schwerlich jemand auftreten und sagen möchte . . . was dort noch gar so viel zu thun übrig wäre".

An einer Kundgebung von dem im Vorstehenden berichteten Inhalte darf diese Zeitschrift nicht vorübergehen. Zwar könnte man einwenden, dass Stammler mit der Rechtsgeschichte es nicht zu thun habe. Ist doch, was er an der geschichtlichen Rechtswissenschaft rügt, ihre Unfähigkeit zur Lösung solcher Fragen, welche nicht Geschichtsfragen sind, und wenn er seine Aufforderung zu einem anderen Betriebe unserer Wissenschaft auf die Wahrnehmung gründet, dass dem bisherigen Betriebe Windscheid keine nennenswerthe Ausbeute mehr übrig gelassen habe, so kann er auch damit die Rechtsgeschichte nicht meinen. Durch Stammlers Ausführungen würden daher die durch diese Zeitschrift vertretenen Bestrebungen nicht berührt, wenn dieselbe der Rechtsgeschichte als einem mit der Theorie des Rechtes in keinem inneren Zusammenhange stehenden Wissenszweige gewidmet wäre. Gleich Savignys Zeitschrift geht aber die unserige nicht aus von einem Sonderdasein der Rechtsgeschichte als einer nur den vom Juristen verschiedenen Geschichtsfreund angehenden, sondern von der Ueberzeugung, „dass alles heutzutage in Deutschland geltende Recht . . ein . . . eigenstes Product unserer Cultur ist" und „dass dessen Geschichte . . . in lebendig praktischer Verbindung mit der Gegenwart steht" (Zeitschrift für Rechtsgeschichte I S. 1, 2). Demgemäss glaubten wir bisher Rechtsgeschichte gerade in unserer Eigenschaft als Juristen treiben zu sollen; nach Stammler wäre dagegen die Beschäftigung mit dieser ein Parergon, welches uns der Gefahr aussetzt, durch Pflege des geschichtlichen Sinnes den Sinn für die letzten unter Abstraction von aller Geschichte zu lösenden Fragen der Rechtswissenschaft in uns zu ersticken.

Eine solche letzte Frage ist nach Stammler insbesondere, „ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte". Existirt aber, wie Stammler annimmt, für die Entscheidung dieser Frage ein allgemein gültiger Massstab, so handelt es sich lediglich um eine Frage seiner Anwendung und ist die wirklich letzte Frage keine andere als diejenige nach der Existenz und Beschaffenheit jenes Massstabes. Und zwar ist

die Frage nach seiner Beschaffenheit nicht etwa eine zweite neben der Frage nach seiner Existenz, da die Erkenntniss dieser nicht denkbar ist ohne die Erkenntniss jener. Den Nachweis seines Daseins führt der Verfasser, abgesehen von der Behauptung, dass jeder ihn besitze und anwende, im Anschlusse an Kant durch Berufung auf den Begriff des Sollens. Dass nun, wie Stammler mit Nachdruck betont, die Natur kein Sollen kennt, glauben wir ihm auch ohne Kants Auctorität; dass dagegen der Begriff des Sollens ausgeschlossen sei, „sobald der bestimmende Gegenstand in der Erfahrung auftritt" (S. 25), glauben wir trotz Kant ihm nicht. Stammlers allgemein gültiger Massstab ist nichts anderes als Kants aus dem Begriffe des Gesetzes, des Sollens oder der Pflicht abgeleiteter kategorischer Imperativ; während aber Kant jede Berufung nicht nur auf die äussere, sondern auch auf die innere Erfahrung ausdrücklich abweist und betont, „es sei nicht empirisch auszumachen, ob es überall irgend einen solchen kategorischen Imperativ gebe" (Kritik der praktischen Vernunft, ed. Rosenkranz S. 49), so hält Stammler, der in der Rückkehr zu Kant alles Heil sieht, dessen Standpunkt nicht fest. Verlangt er, dass wir die „kritische Philosophie" uns zum „musterhaften Vorbilde" nehmen, so ist er doch selbst kein so strenger und sicherer Kantianer als er glaubt, und zugleich übersieht er, dass derjenige nicht wirklich kritische Philosophie empfiehlt, welcher unbedingte Hingebung an die Lehren eines bestimmten, wenn auch noch so kritischen Philosophen fordert. In Wirklichkeit ist Kants kategorischer Imperativ ebenso unhaltbar als der ontologische Gottesbeweis; aus dem Begriffe des unbedingten Sollens lässt sich ebensowenig die Existenz eines solchen ableiten als aus dem Begriffe des allervollkommensten Wesens die Existenz eines solchen folgt.

Dass wir in Ansehung des menschlichen Verhaltens von einem Sollen reden, während die Anwendung dieses Wortes auf andere Vorgänge keinen Sinn hätte, ist allerdings ein Kennzeichen davon, dass die Bestimmungsgründe menschlichen Verhaltens anderer Art und Bedeutung sind als die ein Müssen begründenden Ursachen anderer Vorgänge. Von einem Sollen könnte keine Rede sein, wenn es nicht seine eigenen Bedürf-

nisse wären, welche den Menschen bestimmen, und wenn nicht der Mensch im Stande wäre, verschiedene Bedürfnisse und die verschiedenen Möglichkeiten ihrer Befriedigung gegen einander abzuwägen und auf Grund solcher Erwägung sich für dasjenige Verhalten zu entscheiden, von welchem er sich die grössere Befriedigung verspricht. Unsere Fähigkeit, kraft solcher Erwägung des Für und Wider uns zu entscheiden, beruht auf unserer Vernunft und ist uns durch Erfahrung bekannt; nach Kants eigener Lehre alterirt sie in keiner Weise die Nothwendigkeit, mit welcher jeder in Gemässheit seines empirischen Charakters handelt, so dass die erfahrungsgemässe Möglichkeit der Wahl nichts zu thun hat mit der jenseits aller Erfahrung liegenden Freiheit des intelligiblen Charakters. Dass ich die Gründe meines Verhaltens einer anderen Welt als derjenigen meiner Erfahrung entnehme, liegt im Begriffe des Sollens um so weniger, da seine Anwendung sich nicht auf die Forderungen der Sittlichkeit beschränkt. Dass ich anders hätte handeln sollen, sage ich mir überall, wo ich die Abschätzung des Für und Wider, welche mich bestimmt, als eine irrige erkenne; soll ich oder soll ich nicht, so frage ich mich in tausend Fällen, in welchen für mich lediglich mein individueller Nutzen oder Schaden, meine Bequemlichkeit oder Unbequemlichkeit in Frage steht, und habe ich für das voraussichtlich meinen Nutzen oder meine Bequemlichkeit am meisten fördernde oder am wenigsten beeinträchtigende Verhalten mich entschieden, so sage ich mir nachträglich, ich hätte anders handeln sollen, wenn der Erfolg ergiebt, dass ein anderes Verhalten für mich nützlicher oder bequemer gewesen wäre. Auf die Forderungen der Sittlichkeit findet daher der Begriff des Sollens nicht Anwendung als ein auf sie sich beschränkender; allerdings dagegen ist das durch diese begründete Sollen ein höheres, weil die sittlichen Bedürfnisse des Menschen höhere sind als seine sinnlichen. Doch giebt es auch im Gebiete der sittlichen Anforderungen kein unbedingtes Sollen. Welches sittliche Gebot könnte scheinbar unbedingter sein als das Gebot: „du sollst nicht tödten“, und doch wird niemand dem Soldaten, welcher jenem Gebote zuwider in Gemässheit des durch seine Stellung im Dienste des Staates an ihn ergehenden Gebotes den Feind in der Schlacht

tödtet, ein unsittliches Verhalten vorwerfen wollen. Wer nicht geflissentlich gegen die Thatsachen des Lebens die Augen verschliesst, der kann nicht verkennen, dass ein Verhalten, welches im einen Falle unsittlich ist, im anderen durch die Sittlichkeit gefordert sein kann, weil die sittlichen Bedürfnisse der Menschheit von verschiedenem Werthe sind und vielfach das höhere Bedürfniss nur befriedigt werden kann auf Kosten des minderwerthigen. Wie die Frage, ob mein pecuniäres Interesse dieses oder jenes Verhalten fordert, nur entschieden werden kann durch gegenseitige Abwägung der mit dem einen oder anderen Verhalten verbundenen pecuniären Vortheile und Nachtheile, so kann die Frage, was im einzelnen Falle die Sittlichkeit fordert, nur entschieden werden durch die gegenseitige Abwägung der durch das eine oder andere Verhalten befolgten oder verletzten sittlichen Gebote. Existiren aber unstreitig verschiedene sittliche Bedürfnisse und demgemäss verschiedene sittliche Gebote von verschiedenem Werthe, so kann das allgemeinste Gebot der Sittlichkeit kein anderes sein als dasjenige, zwar möglichst jedem sittlichen Bedürfnisse zu genügen, wo aber dies nicht möglich ist, dem höheren Bedürfnisse das minderwerthige zu opfern. Ueber die Frage nach der Beschaffenheit und dem Werthverhältnisse der sittlichen Bedürfnisse kann dagegen der allgemeine Begriff des Sittengesetzes keinerlei Auskunft geben, und für ihre Beantwortung steht uns keine andere Quelle zu Gebote als die Erfahrung. Die Eigenschaft derselben als einer reichen Quelle sittlicher Erkenntniss verneint kein Unbefangener; für die letzte Quelle derselben glaubt man sie aber nicht halten zu dürfen, da die Geltung der sittlichen Gebote jeder Erfahrung vorhergehe. Es gilt dies jedoch nicht von denjenigen Geboten, deren Gegenstand erst im Laufe der Geschichte zur Existenz gelangt; so sind unstreitig die Gebote der Vaterlandsliebe und des Gehorsams gegen die Obrigkeit bedingt durch die Existenz eines Vaterlandes und einer Obrigkeit. Auch die elementarsten, im menschlichen Dasein als solchem wurzelnden sittlichen Gebote aber sind doch der menschlichen Erkenntniss erst dann zugänglich, wenn die sie begründenden Verhältnisse zu einem möglichen Gegenstande der Erfahrung geworden sind. Die Erfahrung, dass nicht nur meine Stammgenossen,

sondern auch andere stammfremde Menschen Meinesgleichen sind, muss erst gemacht, die Möglichkeit eines mit Stammfremden möglichen friedlichen Verkehres muss erst von mir in mein Bewusstsein aufgenommen sein, wenn der Gedanke an irgend eine gegen Fremde mir obliegende Verpflichtung entstehen soll.

Dass nicht nur die Erkenntniss, sondern vielfach auch die Existenz der sittlichen Bedürfnisse und Gebote eine geschichtlich bedingte ist, wird leicht deshalb verkannt, weil die Erkenntniss der sittlichen Bedürfnisse und Gebote ihrer Existenz oder, was damit identisch ist, der Existenz der sie begründenden Verhältnisse stets nachfolgt, so dass wir uns derselben nie als jetzt erst zur Existenz gelangender, sondern stets als solcher bewusst werden, deren Existenz unserer Erkenntniss derselben vorangeht. Vaterlandsliebe wird erst ermöglicht und gefordert durch die Existenz eines Vaterlandes; indem wir aber durch seine Existenz uns erst allmählich des Gebotes der Vaterlandsliebe bewusst werden, so erleben wir dieses Gebot nicht mit Bewusstsein als ein erst zur Existenz gelangendes. Dazu kommt, dass die meisten sittlichen Gebote nicht durch die eigene Wahrnehmung der sie begründenden Verhältnisse, sondern durch die Erziehung uns zuerst bekannt werden, welche sie unabhängig von ihren Gründen uns einprägt und dadurch ihre Existenz als eine von jeder Begründung unabhängige erscheinen lässt. Gerade hier ist aber zugleich die geschichtliche Bedingtheit der sittlichen Bedürfnisse und Gebote offensichtlich, da die Bedürfnisse des Kindes andere sind als diejenigen des Erwachsenen. Ebenso nun sind die sittlichen Bedürfnisse verschiedener Culturstufen verschiedene. Wie es jedoch derselbe Mensch ist, welcher im Kinde und im Erwachsenen in verschiedenen Entwickelungsstadien uns entgegentritt, und wie die verwickelteren sittlichen Bedürfnisse des Erwachsenen dem Kinde zwar noch fremd, zugleich aber solche sind, deren Keim es in sich trägt und die mit seiner fortschreitenden Entwickelung aus seinen einfacheren Bedürfnissen sich heraus entwickeln: so sind auch die verschiedenen sittlichen Bedürfnisse verschiedener Culturstufen doch sittliche Bedürfnisse derselben Menschheit, die sich auseinander heraus entwickeln, so dass die sittlichen Bedürfnisse der höheren Culturstufe denjenigen der niedrigeren

nicht als schlechthin fremde, sondern als Entfaltung eines in diesen enthaltenen Keimes gegenüberstehen. Wie wir daher, vom Menschen schlechtweg redend und ihm bestimmte Eigenschaften zuschreibend, an den voll entwickelten Menschen zu denken pflegen, so sind wir auch berechtigt, zu den sittlichen Bedürfnissen der Menschheit alle diejenigen zu zählen, welche wir als solche der höchsten bisher erreichten Culturstufe kennen. Sind wir aber dazu berechtigt, weil es sich um die Entfaltung von Anlagen handelt, welche dem Menschen als solchem eigen und daher keiner Culturstufe gänzlich fremd sind, so dürfen wir zugleich nie vergessen, dass ebenso die höchste uns bekannte Stufe menschlicher Cultur die Keime weiterer Entfaltungen in sich trägt, dass also unsere sittliche Erkenntniss eine abschliessende nicht nur deshalb nicht ist, weil ihr gleich jeder menschlichen Erkenntniss die Erfassung ihres Gegenstandes nur annähernd gelingt, sondern insbesondere deshalb, weil die Verhältnisse selbst, aus denen sie geschöpft wird, Gegenstand einer geschichtlichen Entwickelung sind, deren Verlauf zu übersehen unmöglich ist, wenngleich die höchste bisher erreichte Stufe derselben eine gewisse Erkenntniss der auf sie folgenden Entwickelungsstufen gestattet.

Für niemand ist es wichtiger, die geschichtliche Bedingtheit der sittlichen Bedürfnisse und die Eigenschaft der gegenwärtigen Entwickelungsstufe derselben als einer über sich selbst hinausweisenden vor Augen zu haben als für den zur Theilnahme an der Gesetzgebung Berufenen. Eine feste Grundlage für seine Entscheidung gewährt ihm weder der Blick auf die momentanen Verhältnisse der Gegenwart, welche jeden Augenblick sich ändern können, noch umgekehrt die Abstraction von der Verschiedenheit der Zeitverhältnisse; vielmehr bedarf er des Hinblicks auf die Zukunft sowohl als auf die Vergangenheit; denn für die Zukunft will er wirken, und welche Keime zukünftiger Gestaltungen die Zustände der Gegenwart in sich enthalten, kann nur die Entstehung dieser bis zu einem gewissen Grade lehren. Dass die Gegenwart nur verstanden werden kann als Resultat einer geschichtlichen Entwickelung, hat die historische Schule mit vollem Rechte gelehrt; nur hätte sie daneben gleichmässig betonen müssen, dass die Zustände der Gegenwart gerade in ihrer

Eigenschaft als Stufen einer geschichtlichen Entwickelung die Keime weiterer Entwickelungen in sich tragen, und dass es die Aufgabe des Gesetzgebers wie überhaupt des Politikers ist, sie in dieser doppelten Eigenschaft des Endpunktes der bisherigen und des Anfangspunktes einer neuen Entwickelung zu verstehen und möglichst dafür Sorge zu tragen, dass diese sowohl ohne überflüssige Reibung als ohne Ueberstürzung sich vollziehe. Wenn Stammler sich darüber wundert, dass ein „sonst scharfdenkender“ Jurist alles Ernstes glaube, „dass man durch geschichtliche Erkenntniss zu demjenigen gelangen möge, was statt des Gewordenen Recht sein soll“ (S. 20), so dürfte die Verwunderung darüber mehr am Platze sein, dass ein Jurist des 19. Jahrhunderts alles Ernstes glaubt, die Frage, was an die Stelle des Bestehenden treten soll, unter Abstraction von dem Bestehenden und der Art seiner Entstehung beantworten zu können. Mit Genugthuung erwähnt Stammler, dass in der Politik das aus der Jurisprudenz vertriebene Naturrecht herrsche. Er beruft sich dafür insbesondere auf die Politik der Centrumspartei, ohne die doppelte Frage aufzuwerfen, ob diese Politik den Bedürfnissen unseres deutschen Staates und Volkes gemäss sei und ob nicht ein wesentlicher Unterschied sei zwischen demjenigen „Naturrechte“, auf welches das Centrum sich stützt und welches zugleich ein positives, auf der Auctorität der Kirche beruhendes Recht ist, und einem solchen Naturrechte, dessen Inhalt durch keine von der Einsicht des Einzelnen unabhängige Auctorität fixirt ist. In Wirklichkeit bedeutet die Herrschaft eines auf dem Grunde der kirchlichen Auctorität ruhenden Naturrechtes nichts anderes als eine Herrschaft der Kirche und die Herrschaft eines durch keine vom Einzelnen unabhängige Auctorität festgestellten Naturrechtes nichts anderes als eine Herrschaft der individuellen Vernunft und damit auch der individuellen Unvernunft.

Von allem sonst angenommenen Naturrechte unterscheidet sich dasjenige Stammlers dadurch, dass sein Inhalt nicht ohne weiteres Recht ist, sondern nur angibt, was Recht sein soll, so dass es nur den Gesetzgeber verpflichtet. Diese Beschränkung ist aber willkürlich. Ist der Gesetzgeber verpflichtet, keinen anderen als denjenigen Inhalt zum Gesetze

zu erheben, dessen Geltung die „objectiven Gründe der Ideen“ fordern, so ist nicht abzusehen, wie diesen objectiven Gründen erst ein Gesetz zur rechtlichen Geltung verhelfen und wie einem denselben widersprechenden Gesetze irgend welche Geltung zukommen sollte. Dies wäre nur denkbar unter der Voraussetzung, dass die Erkenntniss der Ideen nur dem Gesetzgeber zugänglich ist, dass also ihre Geltung für die ihrer unmittelbaren Erkenntniss nicht fähigen Unterthanen identisch wäre mit der Geltung desjenigen Inhaltes, welchen ihnen das Gesetz als den durch die Ideen geforderten bezeugt. Ein Naturrecht ist nur denkbar als ein unbedingt geltendes; denn ohne Geltung wäre es kein Recht und ohne Unbedingtheit dieser kein Naturrecht. Als ein für jeden erkennbares muss daher das Naturrecht dem positiven Rechte für jeden vorgehen, so dass seine Annahme mit einer selbständigen der Prüfung des Einzelnen entzogenen Geltung des positiven Rechtes sich nur vereinigen lässt, wenn praktisch beide zusammenfallen, weil das Naturrecht nur der höheren Vernunft des Gesetzgebers erkennbar ist und deshalb dem beschränkten Unterthanenverstande die Berufung auf seine angebliche Verschiedenheit vom positiven Rechte nicht zusteht. Auch hier zeigt es sich also wieder, dass vom Standpunkte des Naturrechtes aus die Existenz einer positiven Rechtsordnung sich nur rechtfertigen lässt unter der Voraussetzung einer dem Herrscher eigenen und den Beherrschten fehlenden höheren Weisheit.

Durch Verneinung eines Naturrechtes wird aber nicht, wie vielfach angenommen wird, die Existenz solcher Elemente oder Bedingungen verneint, welche jeder Rechtsordnung wesentlich sind. Unbestreitbar ist, dass jede äussere Lebensgemeinschaft bestimmter Menschen in der inneren Wesensgemeinschaft aller Menschen wurzelt und ohne diese nicht möglich wäre, was aber nichts an der Wahrheit ändert, dass jede unter Menschen bestehende Lebensgemeinschaft ein Product der Geschichte ist. Schon Savigny hat (Syst. § 8) hervorgehoben: „Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menschengeist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denk-

bar für diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist.“

Stammler meint, unserer heutigen Rechtswissenschaft sei mit der historischen Schule nicht mehr die Zurückführung des Rechtes auf den Volksgeist, sondern nur noch die Methode gemeinsam. Diese Methode hat aber ihren Grund in der Erkenntniss, dass die Existenz oder Geltung eines bestimmten Rechtes nicht denkbar ist ohne die Existenz einer bestimmten Lebensgemeinschaft. Für den an einer solchen Theilnehmenden sind die Bedürfnisse derselben als solche, welche ihm mit den Genossen gemeinsam sind, keine fremden; vielmehr sind sie für ihn eigene und zwar solche Bedürfnisse, welche den im Gegensatze zu den Genossen ihm eigenen vorgehen, weil das eigene Leben des Einzelnen nur gedeihen kann als ein dem gemeinsamen Leben eingegliedertes. Wie nun mein individuelles Verhalten durch die Bedürfnisse, welche ich als die meinigen fühle, und durch mein Urtheil über die zu ihrer Befriedigung geeigneten Mittel sich bestimmt, und wie wir dieses Verhalten als ein durch mein Gefühl und meine Einsicht sich bestimmendes auf meinen Willen zurückführen, so bestimmt sich das gemeinsame Verhalten der Genossen durch die Bedürfnisse, welche sie als die ihnen gemeinsamen fühlen, und durch ihr gemeinsames Urtheil über die zu ihrer Befriedigung geeigneten Mittel, und als ein durch ihr gemeinsames Gefühl und ihre gemeinsame Einsicht sich bestimmendes ist es der Ausfluss eines ihnen gemeinsamen Willens. Kein anderer als dieser gemeinsame Wille der Rechtsgenossen ist gemeint, wenn wir das Recht auf einen Gemeinwillen zurückführen. Dagegen erhebt sich freilich der Einwand, dass die Existenz eines Gemeinwillens in diesem Sinne die thatsächliche Unmöglichkeit eines ihm zuwiderlaufenden Verhaltens begründen müsste, da doch nie jemand seinem eigenen Willen zuwider zu handeln vermöge. Allerdings nun leidet der Begriff einer Zuwiderhandlung gegen den eigenen Willen an einem inneren Widerspruche, indem er etwas gleichzeitig als gewollt und nicht gewollt bezeichnet. Dieser Widerspruch ist aber im Leben des Menschen thatsächlich vorhanden. Indem der Mensch verschiedene einander vielfach widerstreitende

Bedürfnisse fühlt und verschiedene einander vielfach widersprechende Ansichten hegt, so weist sein Inneres verschiedene einander bekämpfende Willensregungen auf, und dass ich in Gemässheit der einen handle, schliesst die Existenz der anderen nicht aus, wie jeder Fall einer mit innerem Widerstreben vollzogenen Handlung zeigt; es hat nur diejenige Willensregung, welcher gemäss gehandelt wurde, sich als die mächtigere erwiesen. Einen inneren Widerspruch enthält aber ausserdem dasjenige Verhalten in sich, welches unserem wirklichen Bedürfnisse widerspricht, weil wir entweder dieses selbst nicht gefühlt oder die Mittel zu seiner Befriedigung nicht erkannt haben. Haben wir ein niedrigeres Bedürfniss auf Kosten eines höheren befriedigt, weil wir dieses entweder überhaupt nicht oder nicht in dem ihm zukommenden Werthe gefühlt haben, so haben wir, wie man sagt, unserem „besseren Ich" oder einem Willen zuwidergehandelt, welcher gleichfalls der unsrige ist im Sinne eines in unserer Natur und ihren Bedürfnissen begründeten und daher normaler Weise uns zukommenden. Ein solcher innerer Widerspruch liegt nun auch dann vor, wenn ich mein individuelles Bedürfniss befriedige auf Kosten des Bedürfnisses der Gemeinschaft, welcher ich angehöre, da meine Theilnahme an der Gemeinschaft meine Theilnahme an ihren Bedürfnissen und am Willen ihrer Befriedigung als einem normaler Weise mir zukommenden in sich schliesst. Indem nun dem gemeinsamen Bedürfnisse als solchem ein höherer Werth gegenüber dem individuellen Sonderbedürfnisse zukommt, so wurzelt die Geltung des Gemeinwillens als eines dem Einzelwillen vorgehenden in der allgemeinen sittlichen Forderung, dem höheren Bedürfnisse das minderwerthige unterzuordnen. Wie freilich aus Mangel an sittlichem Gefühl oder an Einsicht der Wille des Einzelnen ein verkehrter oder dem sittlichen Bedürfnisse widersprechender sein kann, so kann dasselbe dem Gemeinwillen widerfahren, weil die gemeinsamen Bedürfnisse nicht in ihrem wahren Werthe gefühlt oder die Mittel ihrer Befriedigung verkannt worden sind. Zugleich kann innerhalb der Gemeinschaft bezüglich der gemeinsamen Bedürfnisse und der Mittel zu ihrer Befriedigung eine Verschiedenheit der Gefühle und Vorstellungen bestehen. Man darf aber deshalb nicht jede

Existenz eines Gemeinwillens verneinen. Ohne eine weitgehende Uebereinstimmung der Gefühle und Vorstellungen ist eine wirkliche Lebensgemeinschaft nicht möglich; und auch da, wo diese Uebereinstimmung keine volle ist, ist durch den der Gemeinschaft als solcher zukommenden Werth eine gewisse Unterordnung der individuellen Gefühle und Vorstellungen unter die im Kreise der Genossen vorherrschenden geboten. Dass diese Pflicht keine unbedingte ist, weil sie im concreten Falle durch eine höhere überwogen sein kann, hat sie mit jeder Pflicht gemein.

Eine eingehendere Betrachtung des Processes der Rechtsbildung ist hier nicht möglich, aber auch nicht nothwendig. Das bisherige genügt zur Zurückführung des Rechts auf einen geschichtlich bedingten Gemeinwillen, sobald erkannt wird, dass neben dem sog. Gewohnheitsrechte das Gesetz nur „eine Rechtsquelle von secundärer abgeleiteter Kraft ist", wie Zitelmann (Arch. f. Civ. Pr. 66 S. 458) trotz entschiedener Verneinung der Existenz eines Gemeinwillens ausdrücklich hervorhebt. Ob der Gemeinwille, wie die historische Schule lehrte, stets Volkswille, oder ob er, wie andere wollen, nothwendig Staatswille ist, sind Fragen, auf welche unbeschadet des geschichtlichen Charakters des Rechtes verschiedene Antworten möglich sind. Dass aber dieser geschichtliche Charakter des Rechtes doch immer wieder angefochten wird, beruht auf der falschen Annahme seiner Unverträglichkeit mit einem ethischen Charakter des Rechts. Man glaubt die Gebote der Sittlichkeit nicht fester begründen zu können, als wenn man jede geschichtliche Bedingtheit ihres Inhaltes verneint; man kann dies aber nur thun um den Preis der Verneinung jedes Zusammenhanges der Sittlichkeit mit dem Rechte, während doch die mit anderen mich verbindende Lebensgemeinschaft ein sittliches Gut und die Pflicht der Unterordnung meines Willens unter den ihrigen eine sittliche Pflicht ist.

Die Eigenschaft des Gemeinwillens, dessen Inhalt das Recht ist, als eines in der That den Rechtsgenossen gemeinsamen betont unter den Philosophen der Gegenwart namentlich Schuppe, welcher mit vollstem Rechte (Das Gewohnheitsrecht S. 34) die Uebereinstimmung dieser Annahme mit

der Lehre der historischen Schule behauptet, da Männern wie Savigny und Puchta nicht zuzutrauen sei, sie hätten unter dem Volkswillen ein concretes, über den einzelnen schwebendes Wesen verstanden; vielmehr hätten sie damit nur eine Gemeinsamkeit des Willens bezeichnen wollen, welche „mit allen anderen, ein Volk ausmachenden Gemeinsamkeiten, der in Sprache, Religion und Geschmack, auf dieselbe Stufe gestellt und derselben Quelle zugeschrieben werden sollte". In merkwürdigem Gegensatze steht zu dieser unbefangenen Auffassung des Philosophen diejenige mancher neuester Juristen. So spricht Stammler vom Volksgeiste „in dem ganz besonderen und eigenthümlichen Sinne Puchtas" als einem heutzutage preisgegebenen und versteht darunter die Auffassung desselben als eines concreten Wesens, und doch sagt Puchta auch: „das Recht ist der gemeinsame Wille der Rechtsgenossen" (Inst. § 10). Ebenso nennt Zitelmann (a. a. O.) jenen Volksgeist „ein einheitliches psychisches Wesen" (S. 426) und das auf ihm beruhende Recht „eine Art Naturrecht" (S. 402). Unstreitig lassen manche Wendungen Savignys und namentlich Puchtas sich in diesem Sinne deuten; sollte aber eine solche den geschichtlichen Charakter des Rechtes aufhebende Auslegung Männern gegenüber am Platze sein, deren oberstes Bestreben dahin ging, den geschichtlichen Charakter des Rechtes zur Geltung zu bringen? Als „Charakteristicum aller Theorien der historischen Schule„ bezeichnet Zitelmann die unrichtige Annahme eines psychischen Gesammtphänomens (S. 419), welches eine Gesammtperson voraussetze (S. 423). Ist aber nicht jede geistige und sittliche Gemeinschaft verschiedener Personen ein „psychisches Gesammtphänomen", und behauptet nicht Zitelmann selbst ein solches, wenn er die Existenz einer Volksüberzeugung zugibt im Sinne einer im Volke verbreiteten Ueberzeugung, deren Verbreitung „verursacht oder bedingt ist durch die Thatsache der Volksgemeinschaft" (S. 421)? Der Zurückführung des Rechtes auf den Gemeinwillen setzt Zitelmann den Satz entgegen: „positives Recht ist etwas durch die autoritäre Form seines Daseins allein" (S. 425). Auctorität ist aber Ueberlegenheit oder Ueberordnung, und zwar nicht physische, sondern geistige oder sittliche. Meinem individuellen Sonderwillen gegenüber kommt

Auctorität einem höheren Willen zu, und dieser ist für mich nie ein schlechthin fremder. Die Auctorität des göttlichen, des staatlichen und des väterlichen Willens ist nicht denkbar ohne Theilnahme des einzelnen am göttlichen, staatlichen und väterlichen Dasein, von welchem der göttliche, staatliche und väterliche Wille sich nicht trennen lässt. Nicht zu begreifen ist, wie Zitelmann, der den unbestreitbaren Satz aufstellt: „nur das weiss jedermann, dass das Recht eine Autorität über ihm ist" (S. 435), jede „Verschwisterung der Theorie über die Kraft des Rechtes mit der Ethik" (S. 462) ablehnen kann. Dieselbe wäre, so meint er, nur begründet, wenn „entweder jede einzelne Rechtsnorm zugleich als Bestandtheil der ethischen Ordnung" oder „die ethische Ordnung selbst und als solche als geltend" nachgewiesen würde, was bisher nicht gelungen sei. Unverständlich ist hier die Forderung eines Nachweises der ethischen Ordnung als einer geltenden, da die Existenz und die Geltung einer Ordnung genau dasselbe bedeutet und von einem Zusammenhange der rechtlichen mit der ethischen Ordnung selbstverständlich keine Rede sein kann, wenn es eine ethische Ordnung überhaupt nicht gibt. Dass es eine ethische Forderung sein könnte, „das von der Obrigkeit oder durch Gewohnheit gesetzte" Recht zu beobachten, gibt Zitelmann zu, wendet aber ein, dass dann immer noch die Frage ungelöst bliebe, „welche Personen denn Obrigkeit sind". Dass aber die Ethik diese Frage nicht beantworten kann, hebt den Charakter jener Forderung als einer ethischen nicht auf. Oder ist etwa die Pflicht der Vaterlandsliebe oder die Pflicht, die Gesundheit zu schonen, deshalb keine ethische, weil über den Begriff des Vaterlandes und über das zur Erhaltung der Gesundheit Erforderliche die Ethik keine Auskunft gibt?

Soviel über den Zusammenhang des Rechtes mit der Ethik, welchen wir erörtern mussten, um der Behauptung entgegenzutreten, als sei die Annahme eines geschichtlichen Charakters des Rechtes eine Negation seiner ethischen Bedeutung. Wenn nun Stammler neben der Frage, was Recht sein sollte, als eine zweite durch die Mittel der geschichtlichen Rechtswissenschaft nicht zu lösende Frage die bezeichnet, wie aus Rechtsbruch Recht entstehen könne, oder allgemeiner, wie

überhaupt Recht anders entstehen könne als in Gemässheit der bestehenden Rechtsordnung, so ist in Wirklichkeit für die geschichtliche Auffassung zwar die Frage nach den geschichtlichen Bedingungen solcher Rechtsentstehung eine offene, dagegen ihre Möglichkeit eine sich von selbst verstehende. Ist jede Rechtsordnung als Ordnung einer bestimmten geschichtlichen Gemeinschaft ein Product der Geschichte, so kann davon, dass Recht nur in Gemässheit einer bestehenden Rechtsordnung entstehen könnte, keine Rede sein. Die Frage freilich, wann auf Grund eines Bruchs der bestehenden Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung entstanden sei, lässt sich ebensowenig mit absoluter Bestimmtheit beantworten als die andere Frage nach den Kennzeichen der vollendeten ersten Entstehung einer Rechtsordnung. Während aber Stammler dafür einen schlechthin bestimmten, a priori feststehenden Massstab fordert, so zeigt die Erkenntniss der geschichtlichen Natur des Rechtes, dass es einen solchen nicht geben kann. So wenig es, wo und wann immer Menschen zusammenleben, am Keime einer Rechtsordnung mangelt, so wenig ist je eine Rechtsordnung eine schlechthin fertige und der Möglichkeit der anders als in Gemässheit ihrer eigenen Bestimmungen sich vollziehenden Aenderung entrückte. Wer aber die Existenz eines positiven Rechtes deshalb leugnen wollte, weil der Punkt sich nicht angeben lässt, auf welchem der Process seines Werdens soweit gediehen ist, um es als ein zur Existenz gelangtes erscheinen zu lassen, der dürfte ebensowenig von der Existenz eines bestimmten Volkes, eines bestimmten Culturzustandes und dergl. reden. Was insbesondere den Fall der im Widerspruche mit ihren bisherigen Bestimmungen sich ändernden Rechtsordnung angeht, so vollzieht sich diese Aenderung nie ohne einen Uebergangszustand, während dessen die alte Ordnung nicht mehr und die neue noch nicht die volle Geltung einer zu Recht bestehenden hat. Gelangt hier die alte Ordnung wieder zur vollen Geltung, so erscheint sie als eine solche, deren Geltung nur in ihrer thatsächlichen Durchführung gehemmt und deren Aufhebung nur rechtswidriger Weise versucht war. Gelingt es dagegen der neuen Ordnung sich zu behaupten, so ist dadurch ihre Herbeiführung nachträglich legitimirt als eine solche, welche dem zur Zeit

derselben bereits im Werden begriffenen Rechte der Gegenwart zum Durchbruche verholfen hat auf Kosten des damals schon im Vergehen begriffenen bisherigen Rechtes. Es darf aber diese nachträgliche Legitimirung einer gelungenen Revolution nicht falsch verstanden werden. Sie ist nur eine Legitimirung derselben in Ansehung ihres Erfolges oder der durch sie bewirkten Aenderung der Rechtsordnung und nicht auch eine Legitimirung aller zum Zwecke dieses Erfolges aufgewendeten Mittel. Verwandelt ein Königreich sich in eine Republik, so ist dadurch nachträglich die zur Zeit ihrer thatsächlichen Vollziehung dem bestehenden Rechte widersprechende Absetzung des Königs legitimirt, aber nicht auch seine, wenngleich auf Grund gerichtlicher, aber rechtswidriger Verurtheilung erfolgte Tödtung. Wenn sodann es der Erfolg ist, durch welchen die vollzogene Umwälzung zu einer rechtsgültigen wird, so ist dieser doch nie lediglich ein Erfolg der physischen Gewalt. So lange die Rechtsgenossen einen fremden Willen nur um seiner physischen Uebermacht willen ertragen, haben sie ihn sich nicht angeeignet; ist aber die thatsächliche Geltung jenes Willens zu einer vom Motive seiner physischen Uebermacht unabhängigen geworden, so ist er dadurch zum Gemeinwillen oder zu einem für die Angehörigen der bestimmten Gemeinschaft um ihrer Theilnahme an dieser willen massgebenden geworden. Insbesondere gilt dies überall da, wo die bisherige Organisation einer Rechtsgemeinschaft nebst der Aussicht ihrer Wiederherstellung in absehbarer Zeit zerstört ist. Ist in einem Staate an die Stelle der bisherigen eine andere Form der Regierung unter Umständen getreten, welche bis auf weiteres die thatsächliche Möglichkeit der Wiederherstellung der alten Form ausschliessen, so muss jeder, welcher sich als Angehöriger des Staates fühlt, sich zugleich verpflichtet fühlen, die zur Zeit allein mögliche Form seiner Regierung gelten zu lassen; denn meine Theilnahme am Staate schliesst in sich, dass seine Existenz und damit, wenn diese in anderer Form nicht möglich ist, die zur Zeit thatsächlich bestehende Form derselben von mir gewollt sei.

Wenn wir neben das Werk des auf Kant uns zurückweisenden Deutschen als eine Arbeit verwandter Art die Dis-

sertation des Italieners Rivalta stellen, welche die Erneuerung der philosophischen Jurisprudenz auf dem Grunde der Scholastik behandelt, so wird der unbedingte Verehrer Kants darin eine Nebeneinanderstellung entgegengesetzter Dinge sehen, da gerade die endgültige Zerstörung der Scholastik Kants Werk sei. Ist es aber ein Kennzeichen der Scholastik, die Wissenschaft nicht auf Erfahrung, sondern auf Offenbarung oder Auctorität zurückzuführen, so ist jeder ein Scholastiker, welcher in wissenschaftlichen Dingen eine unbedingte Auctorität behauptet, und eine solche nimmt Stammler für Kant in Anspruch, wie vielleicht keine Stelle deutlicher zeigt als diejenige, wo er fragt, ob man vielleicht nur die erste Hälfte des Kantschen Hauptwerkes gelesen habe (S. 40). Dass dieses Werk zu einem Theile unverlierbare Errungenschaften und doch zu einem anderen fundamentale Irrthümer enthalten könnte, scheint Stammler nicht für möglich zu halten. Scholastik ist aber in der That nicht nur Stammlers Kantglaube, sondern auch Kants Ethik. Schon oben (S. 55) wurde der Verwandtschaft ihrer Begründung mit dem auf Anselm von Canterbury zurückgehenden ontologischen Gottesbeweise gedacht. Kants Kritik der reinen Vernunft geht aus von der Beobachtung (Vorrede zur 1. Aufl.), dass die menschliche Vernunft von Grundsätzen anfange, „deren Gebrauch im Laufe der Erfahrung unvermeidlich und zugleich durch diese hinreichend bewährt ist“, dass aber sie sich dann genöthigt sehe, „zu Grundsätzen ihre Zuflucht zu nehmen, die allen möglichen Erfahrungsgebrauch überschreiten“. Das Resultat seiner Kritik aber geht dahin, dass alle a priori erkennbaren Wahrheiten nichts anderes zum Gegenstande haben als Bedingungen möglicher Erfahrung. Wie nun damit seine von aller Erfahrung abstrahirende Begründung der Ethik sich verträgt, zeigt am besten die Vorrede zur zweiten Auflage der Kritik der reinen Vernunft. Hier wird zunächst wieder „die Einschränkung aller nur möglichen speculativen Erkenntniss der Vernunft auf Gegenstände der Erfahrung“ betont, zugleich aber, „dass wir eben dieselben Gegenstände als Dinge an sich selbst, wenngleich nicht erkennen, doch wenigstens müssen denken können“. Demgemäss wird das theoretische Fundament der Moral in der blossen Denkbarkeit der sie

bedingenden Freiheit gefunden. „Ich musste also das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen". Gegen diese Ausführung wäre nichts zu erinnern, wenn sie dahin ginge, dass die äussere Erfahrung nebst den a priori feststehenden Bedingungen ihrer Möglichkeit über die Existenz sittlicher Gebote (und ihren von ihrer Existenz nicht zu trennenden Inhalt) keine Auskunft zu geben vermöge, weshalb in Ansehung dieser die innere Erfahrung massgebend sei, welche nach Kants eigenen Grundsätzen als eine mit der äusseren Erfahrung nicht zusammenfallende, aber zusammenhängende zu denken wäre. Sagt doch Kant in seiner Kritik des ontologischen Gottesbeweises (Kr. d. r. V. ed. Kirchmann S. 482): „Unser Bewusstsein aller Existenz . . . gehört ganz und gar zur Einheit der Erfahrung, und eine Existenz ausser diesem Felde kann zwar nicht schlechterdings für unmöglich erklärt werden, sie ist aber eine Voraussetzung, die wir durch nichts rechtfertigen können". Wenn im Widerspruche damit Kant die Ethik lediglich aus dem Begriffe des Sittengesetzes ableitet, ohne irgendwelche Befragung der Erfahrung über die Existenz und den Inhalt desselben zuzulassen, so ist dieses Verfahren ein echt scholastisches. Den scholastischen, die Allgemeinbegriffe als gegebene Realitäten behandelnden Realismus, welchen Kant im übrigen auf jede Weise verneint, vertritt er selbst auf dem Gebiete der Ethik. „Der Kriticismus, so meint Stammler (S. 40), that doch nur dar, dass Vernunfterkenntniss aus Principien einen anderen Charakter trage als die Erfahrungslehre, aber doch niemals, dass ihr alle und jede objective Realität abgehe". Eindringlich genug hat aber Kant dargethan, dass die Realität der sittlichen Welt zwar nicht unmöglich, wohl aber schlechthin unerweislich sei. Er verneint damit jeden Zusammenhang zwischen der ausserhalb der Erfahrung liegenden sittlichen und der durch Erfahrung gegebenen realen Welt. Wenn Stammler meint, die Negation des Kantschen Fundamentes der Ethik und damit des Naturrechtes sei nur möglich um den Preis des Materialismus oder der Negation der Sittlichkeit, so trifft dieser Schluss nur zu von Kants Voraussetzung aus, dass die sittlichen Gebote oder Bedürfnisse kein möglicher Gegenstand der Erfahrung seien. Genau ebenso wie Stammler in Kants Be-

gründung der Ethik die einzige mögliche Schutzwehr gegen den Materialismus sieht, hält Rivalta die Rückkehr zur Scholastik für erforderlich

> per opporsi all' influenza perniciosa del materialismo schernitore cosi della logica universale, come di ogni ricerca astratta (S. 59).

Dieser Standpunkt ist aber der consequentere, da er überhaupt den Begriffen ein selbständiges Dasein zuschreibt. Zugleich unterlässt es Rivalta nicht, die Consequenz zu ziehen, dass

> la legge positiva ha virtù di obbligare solo in quanto è giusta (S. 96).

Rivalta rühmt der Scholastik nach, dass sie dem Juristen „un sistema completo de cognizioni“ liefert, und daran ist kein Zweifel, dass, wenn wir im Besitze eines solchen Systemes wären, wir den allgemeingültigen Massstab hätten, welchen Stammler fordert. Ein solches System lässt sich freilich als ein fertiges nie aus der Erfahrung ableiten; wer aber verbürgt uns seine Wahrheit, wenn es die Erfahrung nicht thut? Die Wahrheit der Lehren des Thomas von Aquino verbürgt bekanntlich dem Katholiken die Auctorität des Papstes, welchem auch Rivaltas Schrift gewidmet ist. Für denjenigen aber, welcher in Fragen der Erkenntniss eine persönliche Auctorität nicht anerkennt, giebt es in Sachen des menschlichen Verhaltens neben der individuellen Erfahrung keinen grösseren Lehrmeister als die Geschichte. Wie aber diese selbst eine nie fertige, sondern stets sich weiter entwickelnde ist, so sind auch die aus ihr zu schöpfenden Lehren den menschlichen Zuständen und Bedürfnissen nicht nur als gewordenen, sondern ebensosehr als werdenden zu entnehmen, und es ist höchst einseitig, wenn Stammler meint, dass die geschichtliche Auffassung „statt des . . . Haltes vernunftgemässer Erwägung nur verhärtetes Material der Geschichte zu bieten im Stande ist“. Wer freilich an ein fertiges System der menschlichen Erkenntniss glaubt, der kann nur, wie Rivalta am Schlusse seines Buches thut, die Annahme eines geschichtlichen Fortschrittes des Rechtes als eine utopische bezeichnen.

VII.

Das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter.

Von

Herrn Dr. **Otto Gradenwitz**
in Berlin.

In Trastevere wurde im Herbst 1886 ein Fragment von Marmor gefunden, worauf eine zu Hadrians Zeiten gefertigte Inschrift steht, die durch Wasser und Feuer allerdings sehr gelitten hat. Sie wurde im Bulletino della commissione archeologica comunale di Roma 1887 (S. 3. ff.), unter Beifügung einer vorzüglichen Phototypie, durch Borsari besprochen.

Später nahm Hr. Hülsen eine neue Lesung vor, bei der er unter anderem constatirte, dass die Inschrift nicht, wie Borsari gelesen, von corarii, sondern von eborarii (Elfenbeinarbeitern) handelt[1]).

Die jetzige Besprechung ruht im wesentlichen auf Hrn. Hülsens Lesung; im Frühjahr 1889 sahen Hr. Hülsen und ich uns die Inschrift noch einmal an, wobei noch einiges mehr und weniges anders gelesen wurde als vorher. Damals befand sich die Inschrift im Hause des Herrn Borsari, wo uns die Besichtigung freundlichst gestattet wurde; jetzt ist der Stein an das municipio verkauft.

Im folgenden soll zunächst die ursprüngliche Gestalt des Steines, dann der Inhalt der Inschrift besprochen werden.

Die Inschrift lautet nach Hülsen:

(x $\times$ 32) *A*elianus ius scholae tetrastyli | (x $\times$ 32 + 2) Aug. quo conveniretur a negotiantibus | (x $\times$ 32 + 4) *e*boraris dedit.

Item (?) p lacere ut si alius quam negotiator eborárius aut citriarius per || (10?) curatorum in hoc collegium adlectus

[1]) Vgl. Hülsens kurze Bemerkung in den Mittheilungen des Kais. arch. Inst. in Rom. 1889. S. 282.

esset, uti curatores eius | (8?[1])) *exalbo raderentur*[2]) ab ordine. debebunt utique curatores de eo | (8?) adlecturi fuerint ante ad quinqu(ennalem)[3]) referre. |

(9?) item uti K(alendis) Ian(uariis) strenuam * V ex arca (3) a curatoribus (4) cuiusque | (8) *m*ustacium et palma et carica et pir (3) osch (3) m (3) VIII (3) Febr. || (9) *Ha*driani Aug (usti) sportulae darentur * V et a *curatoribus* praestari pl*a*-c|*uit* (15) *c*aldam passive iis qui ad tetrastylum epulati fuerint | (20) *I*uli Aeliani sportulae ex arca darentur * III et a cur|atoribus (13) *pas*sive praestari placuit iis qui ad tetrastylum epulati | *fuerint* (16) *I*uli Flacci it *em* (?) sportulae ex arca darentur et a curatorib||*us* (27) e praestari placuit iis qui ad tetrastylum epulati fuerint | (29) sport(ulae) ex arc(a) darentur (3) I (8) us passive iis | *qui ad tetrastylum epulati f*uerint. item plac (3) u orina (5) *III* idus a(ug.) *die*[4]) imperi | (32 um ep (3) test (10) sui cuiusq anni | (37?) a X (2) s omnibus annis divideretur. item || (31?) annis fierent (8) ordinem. item placere | (33?) ve anni comm(s) u (1) s (1) ntia acciperent | (35?) in arca corporis curatores dividerent aequis | (36?) inferrent *s*enti (5) atis a curatorib(us) sing(ulis) | (31?) item placere uti adlect (5) eod(em) anno (5) darent || (36?) utrisq(ue) erogentur. item placere uti | (35?) *o* inferrent arcae X (2).

I. Ursprüngliche Gestalt des Steines.

Der Stein ist, was Tiefe und Länge angeht (0,08 × 0,30 nach Borsari) vollständig erhalten; nicht so in der Breite: der Anfang einer jeden Zeile fehlt, oben wenig, unten viel: die Breite des erhaltenen Theils beträgt oben 0,56 Inschrift + 0,03 Rand = 0,59, unten 0,30 Inschrift + 0,03 Rand = 0,33, also nicht viel mehr als die Hälfte des obersten Theiles. Es ist daher nicht möglich, die Gestalt direct zu bestimmen.

---

[1]) *rei causa* (Mommsen). — [2]) *ex* albo raderentur Mommsen. Hülsen las: xaebora e *e*ntur. — [3]) „Die Ergänzung ad quinq(uennalem) ist insofern bedenklich, als deren Zahl nicht fest zu sein scheint. Beispiele: ein qq: C. VI, 4418, zwei: C. XXI, 258 ein C XXI, 284. In der lex coll. Aesc. et Hyp. C VI 10234 neben einem qq. perpetuus mehrere curatores.“ Mommsen. — [4]) Hirschfeld.

Borsari (a. a. O. S. 4) schloss daraus, dass die 3. und 7. Reihe nicht bis zum Ende der Zeile beschrieben sind, es müsse vorn mindestens ein ebenso grosses Stück fehlen, wie hinten frei sei (aus Gründen der Symmetrie), so dass in Ueberschrift und Text mindestens ½ weggebrochen sei. Allein einmal trifft die Voraussetzung, dass die letzte Zeile von Ueberschriften stets freigestellt worden sei, sehr häufig nicht zu, und sodann ist es auch Z. 17 möglich, zu erkennen, dass im Texte fast gar nichts in den ersten Reihen fehlt. Ergänzt man nämlich dort: qui ad tetrastylum epulati, so kommt man in der Senkrechten fast genau auf das A von Aelianus der Ueberschrift. Aber Hülsen bemerkte, dass in der Ueberschrift allerdings viel mehr fehlen müsse, und schloss daher, dass hier, wie so häufig, die Ueberschrift sich über mehrere Textcolumnen erstreckt habe, von denen die erste (oder alle bis auf die letzte) uns verloren seien. Seine Vermuthung ist so einleuchtend, dass Gründe in Menge zuströmen. Dass ein Statut begonnen habe mit einer Bestimmung für den möglichen, aber doch seltenen Fall, wo es einem nicht Zunftmässigen geglückt ist, mit Hülfe der curatores Aufnahme in die Zunft zu finden, ist unglaublich; dass vorher die Ankündigung Lex collegii gefehlt habe, ist unmöglich; dass das Statut sich in seinem weitaus grössten Theile bloss mit Mahlordnungen und dergleichen befasst hat, wird niemand annehmen, der die anderen Statute vergleicht. Endlich macht Hülsen noch darauf aufmerksam, dass vor *A*]elianus wahrscheinlich die antike linke Kante des Steines zu fühlen ist; dies ergäbe für unseren Stein 59 cm = 2 × 29,5 cm = 2 römische Fuss; nun wurde das Fusssystem bei der Behauung von Steinen zunächst zu Grunde gelegt; daher ist auch aus diesem ganz äusserlichen Umstande wahrscheinlich, dass uns ein Stein eben ganz erhalten ist, dem ein anderer vorangestellt war; durch beide Steine ging die Ueberschrift, jeder Stein enthielt eine Columne, und die verloren gegangene Columne gerade die wichtigsten Bestimmungen.

II. Der Inhalt der Inschrift.

Vier Theile sind zu unterscheiden; der zweite und dritte sind durch einen neuen Absatz bemerklich: A) Ueberschrift,

B) Aufnahme des nicht zum Fach Gehörigen, C) Festordnungen, D) Einige verstümmelte Bestimmungen über Beiträge und Auszahlungen.

A. Die Ueberschrift.

Diese belehrt uns, dass Aelianus (nach Z. 12 Julius Aelianus) der Zunft der eborarii ein ius gegeben habe. Er ist also einer der Wohlthäter der Zunft, ähnlich wie bei der Lanuvina L. Caesennius Rufus, beim Collegium des Aesculapius Marcellina und Aelius. Dafür wird auch sein Geburtstag gefeiert (Z. 11).

Ueber den Ausdruck ius in dieser Anwendung verdanke ich der Güte des Herrn Prof. Mommsen folgende Erörterung: „Ius ist nicht das Statut, woran man hier gedacht hat, sondern das geschenkte Object; vgl. z. B. C. VI 10238: quod si q(u)is eorum partem iuris sui vendiderit. VI 4940: emit de L. Pinario Rufo quod fuit iuris L. Viriani Lab. Aber für das einfache Eigenthum (scholam dedit) steht ius scholae dedit gewiss nicht; es wird wohl dem Collegium nur das Recht gegeben worden sein, sich in der fraglichen Oertlichkeit zu versammeln, ohne dass diese selbst den Eigenthümer wechselte; ob dieses der Staat war oder Aelianus, ist nicht zu entscheiden. Analog ist die Inschrift von Tusculum C. XIV 2634: ein angesehener Mann wird vom collegium dendrophorum geehrt und baut darauf, scholae eorum loco impetrato ab ordine, dieselbe aus. Hier wird offenbar das Gebäude auf Gemeindeboden errichtet."

Ueber die schola tetrastyli . . . . Aug. bemerkt Herr Prof. Mommsen: „Die schola begegnet oft, das tetrastylum auch mehrfach (C. XIV, 2112. 2416); verbunden sind sie mir sonst nicht vorgekommen. Schola tetrastylus in der Weise zu verbinden, wie Vitruvius das Wort adjectivisch als 'viersäulig' verwendet, woran man gedacht hat, ist dem gangbaren substantivischen Gebrauch des Wortes für das von vier Säulenreihen eingeschlossene Gebäude nicht angemessen und wird ausgeschlossen durch Z. 15 qui ad tetrastylum epulati fuerint. Dass schola und tetrastylum coordinirt stehen, etwa durch eine am Schluss stehende Partikel verbunden, ist ebensowenig wahrscheinlich. Vielmehr wird das atrium tetrastylum, das

auch Vitruv schon kennt (Marq. Handb. 7, 217), hier ebenso gemeint sein wie in den Arvalurkunden und wo sonst in der Kaiserzeit tetrastylum absolut auftritt. Das Bauwerk, von dem hier die Rede ist, gehört also architektonisch in eine Reihe mit dem atrium libertatis, dem atrium Vestae und ähnlichen. Danach dürfte schola hier, wie öfter besonders in späterer Zeit, den Versammlungsraum des Collegium bezeichnen und dieser innerhalb eines tetrastylum (in dem Sinn, wie vita Gord. 32, 2 das Wort gebraucht wird, vgl. Henzen Arv. p. XXII) ausgemacht gewesen sein. In dem folgenden . . . Aug. kann alles mögliche stehen, da mindestens 28 Buchstaben fehlen; am nächsten liegt (vgl. die oben angeführten, das tetrastylum nennenden Inschriften) eine locale Determination. quod est a dextra aedis Fortunae Aug. oder dergl. Z. 3 macht ebenfalls grosse Noth, besonders weil dedit seinen Dativ verlangt. Man kann vorschlagen a negotiantibus [eboraris data lege i. s. isdem negotiantibus e]boraris dedit."

B. Die Aufnahme des alius quam negotiator.

Der juristisch bei weitem interessanteste Theil der Inschrift sind die folgenden vier Zeilen: Sie handeln von dem Fall, wo einer, der nicht in Elfenbein oder Citrusholz arbeitet, durch Bemühung der Curatoren in das Colleg hineingebracht ist; die Citrusholzhändler werden also den Elfenbeinhändlern hierin gleichgestellt, obwohl die Stiftung nach der Ueberschrift nur den eborarii gilt; die Gleichstellung erklärt sich daraus, dass die Luxustische aus Citrusholz, von denen auch in den Pandekten die Rede ist[1]), mit Elfenbeinfuss gearbeitet wurden; darum hatten eborarii und citriarii häufig mit einander zu thun und waren gewissermassen auf einander angewiesen[2]).

Um die Wichtigkeit der folgenden Bestimmung zu würdigen, muss man sich vor Augen halten, dass bis zur Auffindung unseres Steines — ja bis zu der durch Mommsen festgestellten richtigen Lesung des Anfangs der Z. 6[3]) — es

---

[1]) z. B. D. 19, 1, 21, 2: veluti si quis mensas quasi citreas emat quae non sunt. — [2]) Marquardt-Mau, Privatleben Bd. 2 S. 723. Hülsen a. a. O. S. 282. — [3]) Es sei gestattet, über die Lesung folgende historische Notiz beizubringen: Dass die Inschrift von eborarii handelt, hatte Hülsen herausgefunden; es war natürlich, dass er ver-

durchaus zweifelhaft war, ob die römischen Handwerkerzünfte sich streng auf Fachgenossen beschränkten, oder ob sie ausnahmsweise auch solchen Aufnahme gewähren konnten, die, ohne zum Fach zu gehören, sich in anderer Weise brauchbar oder nützlich erwiesen, und etwa als ausserordentliche Mitglieder fungiren konnten.

Herr Prof. Mommsen bemerkt hierzu noch: „Die Inschrift aus der Gegend von Thun (inscr. Helvet. nr. 212) . . Amill[ius] Polynices [n]atione Lydus, artis [a]urifex, corporis fabr(um) tignuariorum, [a]pud eosdem omnib(us) [h]onoribus functus verdient Erwähnung; auch der Sohn ist eiusdem artis [e]t corporis. Es können hierüber natürlich statutarisch sehr verschiedene Ordnungen gegolten haben; doch ist auch zu erwägen, dass die fabri tignarii als Löschmannschaft verwendet wurden (Marquardt, Handb. 7, 719, Hirschfeld, Gallische Studien III) und daher hier am ersten auch solche Aufnahme finden konnten, die nicht Zimmerleute waren [1]."

Jetzt erfahren wir, mindestens für eine Zunft, dass die Aufnahme solcher alii quam den Beamten nicht nur verwehrt, sondern mit der härtesten Strafe bedroht war. Wo die Statute sonst Strafen für Beamte festsetzen, sind es meist [2]) Geldbussen, die als Ordnungsstrafen aufzufassen sind (coll. Aescul. Z. 19): in unserem Fall trifft sie schlimmeres: sie scheiden aus

muthete, ebora lesen zu müssen, wo bora sicher war, und der vorhergehende Buchstabe ebensowohl ein e wie ein l mit einigen Strichen, die durch Verwitterung entstanden, sein konnte. In Folge dessen zweifelte niemand an dem ebora, und alle, denen die Inschrift vorlag, bemühten sich vergebens, das folgende — e — entur herauszubekommen, — so war das Räthsel eben nicht zu lösen. Mommsen dagegen, indem er statt xa *e* bora eben xa lbora las, gewann sofort die richtige Worteintheilung und damit das übrige:

nicht: xa|*e*bora|? e? entur,
sondern: x|a*l*bo|ra e entur.

[1]) Interessant ist der von Hirschfeld a. a. O. aufgeführte Brief des Plinius mit Trajans Antwort X 32, 34. Plinius erbittet die Autorisation zur Errichtung eines Feuerwehrcorps in einer Stadt und nimmt es auf sich, zu verhindern, dass andere als fabri hineinkommen: trotzdem verweigert der Kaiser die Erlaubniss aus politischen Gründen. — [2]) Vgl. Liebenam in dem unten genannten Werk S. 223. 234; er führt daneben noch den Verlust des Amtes und die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung eines solchen an.

der Zahl der Mitglieder aus, nicht bloss aus dem Amte; denn das album, die Liste, umfasst zunächst die Vornehmen, die patroni der Zunft, geordnet mitunter nach ihrem Stand als Senatoren und Ritter, dann die honorati und dann die plebs[1]). Die betreffende Person wird also nicht im Vorstand und unter den Mitgliedern, doppelt, geführt, sondern nur einmal, und wer als Curator ausradirt ist, ist es auch als Mitglied, es ist nicht Degradation, sondern Cassation. Die Strafe wird vollzogen durch Auskratzen der Namen, denn die Alten nehmen es genau mit der Fiction, der Betreffende habe die Stelle, deren man ihn für unwürdig erklärt, nie gehabt. Radere und eradere ist hierfür bezeugt; Tac. Ann. 4, 42: eradere albo senatorio; ibid. 3, 17: nomen Pisonis radendum fastis; Sueton Claud. 16: erasit albo iudicum. Bekanntlich wurde auch, wenn ein Kaiser durch damnatio memoriae der Vergessenheit überliefert werden sollte, sein Name, „wo er öffentlich genannt war, getilgt"[2]), und dieses Schauspiel wiederholt sich auf der kleinen Bühne der Zunft.

Manche Zunftverzeichnisse haben Zeichen solcher Rasuren. Nach dem album C. I. L. XIV 251 col. I l. 2 ist der oberste Vornehme, der princeps der Liste, von diesem Schicksal betroffen worden; in dem Fall hat es sich gewiss um eine politische Verwickelung, nicht um eine Pflichtwidrigkeit der Zunft gegenüber gehandelt. Aber anderwärts: C. I. L. XIV 246 col. III l. 3, col. IV l. 28, col. V l. 4 sind Mitglieder mitten aus der Zahl heraus getilgt, und da dürften wohl dem vorliegenden ähnliche Vorkommnisse der Grund gewesen sein.

Die Rechtsfolge, mit der die Curatoren bedroht sind, ist sonach einfach genug; dagegen ist es nicht ebenso klar ersichtlich, wie das Verhalten der Zunft gegen den Eindringling selber war, — dass man sich damit begnügte, freiwilligen Austritt von seinem Ehrgefühl zu erwarten, ist nicht anzunehmen, im übrigen sind zwei Möglichkeiten:

1) Wie bei der damnatio memoriae knüpfte sich vielleicht an die Streichung aus den Listen auch hier eine rescissio

[1]) Ausnahmsweise kommen allerdings einige quinquennales noch einmal unter der plebs vor: C. I. L. XIV 251. — [2]) Mommsen, Staatsrecht Bd. II 1134.

actorum; solche ist freilich in der Praxis mehr Revision als Rescission gewesen, liess aber gewiss nie den Act bestehen, der Veranlassung zu dem ganzen Aergerniss war: man würde also den curatores den alius quam nachgesendet haben. Indess ist es nicht wahrscheinlich, dass die Sache ohne Anlehnung an sonstige statutarische Bestimmungen so einfach vor sich ging.

2) Eine solche Bestimmung kann man sich aber wohl vorstellen: Adlectio, Ergänzungs- oder Nachwahl, ist bei solchen Körperschaften, die, wie der Senat der späteren Republik, periodisch formell ganz neu zusammengesetzt werden[1]), eine ausserordentliche Art der Ergänzung, — bei collegia, die einen Stamm von alten Mitgliedern stets behalten, ist es einfach die regelmässige Aufnahme: diese erfolgt bei unserer Zunft durch die Jahresbeamten, wie wir aus dem Satz debebunt utique curatores de eo . . . . ita adlecturi fuerint, ersehen. Unzweifelhaft war ihnen die rechtliche Macht dazu durch das Statut (auf einer früheren Tafel) ausdrücklich zuerkannt, aber wahrscheinlich mit Beschränkung auf eborarii und citriarii, so dass, wenn sie einen alius quam aufnahmen, dieser ohne eine Stütze im Statut, also nichtigerweise aufgenommen war. Die uns erhaltene Bestimmung ist dann gewissermassen die Strafsanction einer Lex plus quam perfecta, und das Ganze so zu denken: die curatores sind dazu ermächtigt, eborarii bez. citriarii aufzunehmen, d. h. e contrario: einen anderen in die Zunft hineinbringen können sie nicht; überdies: placere ut . ., d. h. versuchen sie es und nehmen ihn — formell betrachet — auf, so scheiden sie aus. Der schon erwähnte Schlusssatz lässt wohl darauf schliessen, dass eine solche Machtstellung der curatores nicht das Regelmässige war: der Satz bringt noch eine Cautel, wie wenn man sich schliesslich doch nicht recht getraut hätte, die curatores so frei hinzustellen: sie sollen vorher an den Vorstand für das lustrum berichten, — augenscheinlich damit das Vorkommen von Fehlern auf Kosten der Zunft thunlichst erschwert werde. Hier heisst es üb-

---

[1]) Mommsen a. a. O. II 418 ff.

rigens bloss debebunt, es scheint dies eine lex minus quam perfecta zu sein.

Nehmen wir somit an, dass es sich bei der adlectio um ein Ehrenrecht handelt, das den Unterbeamten gerade dieser Zunft — und zögernd — zugestanden war, so wird die Strenge begreiflicher; immerhin bleibt die Strafe sehr hart, es wird in ihr wohl eine übermässige Reaction gegen einige besonders anstössige Vorfälle innerhalb dieser Zunft oder verwandter Zünfte zu erblicken sein, und zu bedenken ist auch folgendes:

1) Der Satz: si alius quam negotiator eborarius aut citriarius per . . . . curatorum in hoc collegium adlectus esset enthält den Thatbestand für die besprochene Rechtsfolge, — leider lückenhaft, aber doch so, dass hinter per ein Wort ergänzt werden muss, das die ganze Bestimmung milder erscheinen lässt; es sind nur wenige Striche erhalten; aber mag man negligentiam oder incuriam oder socordiam oder collusionem vermuthen, sicher scheint, dass durch das fehlende Wort den curatores Straffreiheit für den Fall erwirkt war, wo sie von dem alius quam in entschuldbarer Weise getäuscht waren.

2) Daraus, dass die Strafsanction auf dem geduldigen Stein eingegraben wurde, folgt noch nicht, dass man sie in der Praxis befolgt hat. Hier mag man es vorgezogen haben, den Eindringling zu dulden, statt mit ihm eine Anzahl tüchtiger Mitglieder zu opfern [1]).

---

[1]) Dafür, dass in der That die Zunftstatuten sich als ungenügend erwiesen, die Aufnahme Unwürdiger zu verhindern, spricht die von Liebenam in seinem soeben erscheinenden Werke: „Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens" S. 42 erwähnte Thatsache, dass durch Pius — also etwa ein Menschenalter nach unserer Inschrift — Bestimmungen, betreffend Lebensalter und körperliche Rüstigkeit der Genossen von Staatswegen ins Werk gesetzt wurden. — Nicht mit Unrecht führt Liebenam a. a. O. S. 43 hierbei das Wort des Kaisers an (Vita Antonini Pii c. 7): nihil esse sordidius immo crudelius, quam si rem publicam is adroderet, qui nihil in eam suo labore conferret. Aber in der Verfügung selbst möchte ich weniger eine „staatliche Controle über das Vereinswesen" (Liebenam a. a. O. S. 43) sehen, als ein staatliches Misstrauensvotum, durch welches die staatlichen Consequenzen aus der Zugehörigkeit zur Zunft (z. B. immuni-



Wichtig für die Erkenntniss der Verfassung unserer Zunft ist der Schlusssatz: debebunt utique curatores de eo [?homine quem?] adlecturi fuerint [1]), ante ad quinqu(ennales? ennalem?) referre. Er nimmt sich an dieser Stelle eigenthümlich aus, denn die Vorschrift, dass an die Oberbehörde zu berichten ist, erwartet man eher hinter dem Paragraphen, der den curatores das Recht des Zuwählens giebt, als hinter demjenigen, der den Missbrauch dieses Rechts bestraft. Vielleicht ist der Satz erst bei einer Neuredaction nachträglich eingefügt und so an diese Stelle gekommen.

Sachlich liefert der Satz einen neuen Beweis für die bekannte Thatsache, dass quinquennales der Zünfte, wo sie mit curatores concurriren, die Vornehmeren sind: denn ein Bericht wird naturgemäss an den Höheren abgestattet. Wenn eine Körperschaft aus ihrer Mitte Vorsteher auf ein Jahr wählt (und das sui cuiusque anni Z. 18 dürfte sich auf die curatores beziehen), daneben solche auf fünf Jahre, so lässt sich bei mässiger Mitgliederzahl wohl für die ersteren das Princip der Anciennetät festhalten, nicht aber für die letzteren (auch wenn ihrer zwei oder drei neben einander im Amte sind): denn die menschliche Lebensdauer ist dafür zu kurz: es wird also das Lustralamt zu einer Auszeichnung für die Besten. So stehen die quinquennales bei der Aufzählung der Mitglieder stets vor den curatores [2]), sie werden bei den Spenden reichlicher bedacht als die curatores [3]), und was ganz charakteristisch ist, nach unserer Inschrift scheint es, sollen sie straffrei ausgehen, obwohl sie durch den Bericht doch in Kenntniss gesetzt waren von dem, was die curatores vorhatten. Es scheint, dass man eine collusio seitens der quinquennales

---

tas), und nur diese, abgelehnt werden für Fälle, wo die Zunft zu Unrecht aufgenommen hat: mochte der navicularius ohne navis immerhin in der Zunft sitzen, — das Privilegium bekommt er nicht. L. 6 § 6 D. 50, 6 (so Marcus und Verus). Für die wirkliche staatliche Controle, die in der Concessionirung liegt, bietet einen interessanten Beleg die kleine Inschrift: constitutiones corporis munimentum, auf die Herr Prof. Mommsen mich hinweist. (Matz-Duhn S. 365.)

[1]) Adlecturi fuerint ist das Futurum von adlecturi sunt; vgl. Madvig, Lat. Gramm. 343; fuerint steht statt erunt, wie z. B. Z. 11 bei epulati fuerint. — [2]) Vgl. die genannten Inschriften. — [3]) Lex coll. Lanuvina II 8 und 17.

für ganz ausgeschlossen hielt und darum nur die niederen Beamten zur Verantwortung zog, etwa wie nur die magistratus municipales, nicht die Oberbeamten, bei der Bestellung schlechter Vormünder hafteten. — Diese Straffreiheit der quinquennales ist nicht überall wiederzufinden: die lex Coll. Aesc. et Hyg. 21 verhängt über quinquennalis und curatores gleichmässig Ordnungsstrafen.

Hinter ex albo raderentur kommt eigenthümlich nachschleppend: ab ordine; der ordo ist also die Instanz für die Entfernung der curatores; unter ordo ist bei Körperschaften die Gesammtheit der Mitglieder, die Plenarversammlung, nicht ein Ausschuss, Rath oder ähnliches zu verstehen[1]).

C. Die Festlichkeiten der Zunft.

Durch einen Absatz kenntlich gemacht, folgen die Bestimmungen über die Festtage der Zunft. Es sind deren vier oder fünf im Jahr: Neujahr, Kaisers Geburtstag und die Geburtstage der Patrone. Der Abschnitt ohne den Anhang (s. f. S.) reicht bis Z. 17 zu Anfang (fuerint). Der Beginn jeder einzelnen neuen Norm ist dadurch kenntlich, dass das Datum voransteht und bei den Geburtstagen die ganze Verfügung immer mit der Beschränkung auf die zum Speisen im tetrastylum wirklich erschienenen Mitglieder schliesst:

1) Diese Beschränkung fehlt bei der Neujahrsfeier; es ist daher vielleicht anzunehmen, dass für den Neujahrstag nur die Spende von Brot und Nachtisch, nebst Geld[2]) für das übrige, nicht aber ein gemeinsames Mahl in Aussicht genommen war. Es sollen je 3 Denare aus der Casse gezahlt und durch die curatores folgende Esswaaren vertheilt werden: Mohnkuchen, Datteln, Karische Feigen und eine Sorte Birnen.

2) Z. 6 bis Z. 8 zu Ende: Am 25. Januar, als am Geburtstage des regierenden Kaisers Hadrian, soll die gleiche Spende an Geld gegeben und ausserdem allen denen, die im tetrastylum speisen, etwas von den curatores passive, d. h. promiscue[3]), nicht ubique, zugetheilt werden. Was dies etwas war,

---

[1]) Mommsen, a. a. O., III 459 A. 1. — [2]) Die Form strenua statt des üblichen strena findet sich auch sonst. — [3]) Mommsen, Mittheilungen des Kais. Arch. Inst. 1888, S 82.



ergiebt sich nicht; nur dass calda, das ist in der gewöhnlichen Bedeutung warmes Wasser, mit dabei sein sollte, ist zufällig erhalten.

3 und 4) An den Geburtstagen von Aelianus (bis Z. 13 epulati, wozu als Anfang auf Z. 14 fuerint zu ergänzen ist) und Flaccus (bis Z. 15 zu Ende) sollen ebenfalls sportulae gegeben werden, aber geringere, am Aelianustage 3 Denare, wieviel am Flaccustage, ist nicht gesagt. Ausserdem war noch etwas von den Curatoren zu vertheilen.

5) Nun folgt eine kürzere Bestimmung, dass an einem wahrscheinlich nur kalendarisch bestimmten Tage eine ebensolche Spende stattzufinden habe (bis Z. 17 fuerint).

Anhang. Nicht ein Festessen, sondern vielleicht ein festlicher Aufzug wird in einem neuen, mit item plac (Z. 17) angekündigten Bestimmung festgesetzt für den 30. Juli, den dies imperii Hadrians. Herr Prof. Hirschfeld, der die Ergänzung nach vita Hadriani c. 47 vorgenommen, macht darauf aufmerksam, dass die Festtage offenbar in kalendarischer Folge aufgezählt sind.

D. Die Schlussbestimmungen.

Einige Normen folgen, enthaltend die Rechtsfolge, dass an die Mitglieder oder an die Jahresbeamten auszuzahlen, in anderen Fällen wiederum von ihnen ein Beitrag zu erheben ist. Die Thatbestände sind zum grössten Theil zerstört; in der drittletzten und der vorletzten Zeile handelt es sich wohl um scamnari nomine zu entrichtendes Geld.

VIII.

Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten.

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Schirmer**
in Königsberg.

1. L. 35 § 1 D. de donat. 39, 5. Lucius Titius fundum Maeviae donavit et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit et intra dies triginta Maeviam in vacuam possessionem eiusdem fundi induxit: quaero, an donatio perfecta sit. respondit, secundum ea quae proponerentur perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere (Scaevola lib. 31 Dig.).

Es liegt auf der Hand, dass die Anfrage in dieser Stelle, „an donatio perfecta sit", sich auf das Recht der lex Cincia bezieht, und dass es sich, da nur die typischen Namen Lucius Titius und Maevia als die der handelnden Parteien angegeben werden, um personae non exceptae handelt. Es ist ferner unter dem Grundstück ein fundus Italicus zu verstehen, einmal, weil jeder Hinweis auf dessen Provincialeigenschaft fehlt, dann aber auch, weil ohne das die ganze Frage sich darauf reduciren würde, ob die Schenkung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes als perfecta donatio gelten könne, worüber vernünftiger Weise kein Zweifel zu erheben war. Endlich passt auch der Schlusssatz des Responsum, der die Rechtsbeständigkeit der Verpfändung erst hervorhebt, nicht zu der Voraussetzung eines bestehenden Pfandrechts als Zweifelsgrund. Von zwei Momenten würde also die Perfection der Schenkung abhängen, der Mancipation und Tradition (fr. Vat. § 313). Es ist kaum möglich, dass Scävola der ersteren nicht ausdrücklich sollte erwähnt haben, dass man etwa den Hinweis auf dieselbe in dem unbestimmten „donavit" sollte

erkennen müssen. Dies Wort drückt im Grunde nicht mehr aus als „Erklärung des Schenkungswillens", wie eine solche z. B. in den professiones apud acta factae (fr. Vat. § 266[a] 268. 285), die der Mancipation und Tradition vorauszugehen pflegten, oder in einer epistola enthalten ist, so dass Papinian geradezu von einem donare per epistolam redet (fr. Vat. § 263), obschon weder Mancipation noch Tradition nachgefolgt ist, also gar kein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt („nihil egisse placuit"). Es ist demnach nicht wohl möglich, dass Scävola diesen unbezeichnenden Ausdruck gewählt haben könnte, um dadurch das prägnante mancipio dedit oder mancipavit zu ersetzen. — Wo haben wir also die Erwähnung der Mancipation zu suchen? Einzig und allein da, wo sie sich in der Justinianischen Compilation regelmässig verbirgt, hinter dem „ante traditionem". Es ist meiner Meinung nach unrichtig, diese Worte mit Mommsen in seiner Pandektenausgabe für ein Glossem zu erklären; Scävola schrieb „et ante mancipationem" und sagte damit in seiner knappen Weise zweierlei, einmal, dass das Grundstück nachmals an die Maevia mancipirt, dann aber, dass noch vorher das Verpfändungsgeschäft mit dem Seius abgeschlossen wurde. Wäre dies erst nach erfolgter Mancipation geschehen, wie man annehmen müsste, wenn man den Mancipationsact in dem „donavit" versteckt glaubt, so wäre, wie mir scheint, viel eher die Frage nach der Gültigkeit der Verpfändung, als die nach der Perfection der Schenkung aufzuwerfen gewesen; ja, ich wüsste überhaupt nicht, wie man die Existenz des Pfandrechtes unter diesen Umständen begründen könnte. Das Eigenthum ist gültig in civiler Form an den Beschenkten übertragen, von der exceptio legis Cinciae ist nicht allein kein Gebrauch gemacht, sondern durch die nachfolgende Uebergabe sogar jede Möglichkeit, sich der Einrede zu bedienen, abgeschnitten. Darf man nun, selbst wenn man der Proculeianischen Meinung beipflichtet, („quasi popularis sit haec exceptio" fr. Vat. § 266), dem Hypothekargläubiger die Einrede zugestehen, die der Hauptbetheiligte längst nicht mehr hat, oder gar ihm daraufhin eine actio hypothecaria gewähren?

Welcher Art ist nun aber die Verpfändung gewesen? An ein Faustpfand ist nicht zu denken, da die Uebergabe des

Grundstückes an den Beschenkten anstandslos vollzogen wird. Gegen eine Hypothek spricht gleichfalls der Umstand, dass deren Bestellung kaum einen Zweifel an der vollen Rechtsbeständigkeit der Schenkung zu begründen geeignet erscheint. Ganz anders, wenn man eine Fiduciirung voraussetzen darf. Statt „pignori obligavit" würde Scävola „fiduciae dedit" oder, was mir noch wahrscheinlicher ist, „fiduciae obligavit" geschrieben haben. Hätten die Compilatoren „fiduciae dedit" vorgefunden, so dürften sie dafür einfach „pignori dedit" gesetzt haben und hätten schwerlich bloss deshalb „dedit" in „obligavit" geändert, um hervorzuheben, dass der Besitz des Grundstückes nicht an den Gläubiger gelangt ist; zudem entspricht das „firmam obligationem habere" am Schlusse dem voraufgehenden „obligavit" und weist auf dieses zurück. Allerdings ist fiduciae obligare ein ungewöhnlicher Ausdruck, aber doch nicht ganz ohne Analogie; L. 9 C. Th. de infirm. his quae sub tyr. XV 14 steht wenigstens „pignoris atque fiduciae obligatio perseveret", und Scävola hatte allerdings in dem Zusammenhange der ganzen Stelle guten Grund, die geschehene Fiduciirung als „fiduciae obligatio", nicht als „fiduciae datio" zu bezeichnen. In dieser Charakterisirung des Geschäftes liegt eben schon die Beseitigung des laut gewordenen Zweifels. Nimmt man nun an, dass in dem Fragmente ursprünglich von einer fiducia die Rede war, so erhält auch, wie denn überhaupt bei Scävola kein Wort überflüssig ist, das „intra dies triginta" seine gute Bedeutung. Es ist damit gesagt, dass eine usureceptio fiduciae inzwischen nicht stattgefunden hat. Diese setzt nämlich, falls nicht die Pfandschuld getilgt ist, nach der jetzt herrschenden (s. z. B. Geib Sav.-Zeitschrift Bd. VIII p. 116), zuerst von Stintzing (bona fides p. 15 ff.) aufgestellten und von mir gegen Scheurl ausführlich (Usucapion p. 72—91) vertheidigten Meinung den ungestörten Verbleib des Mancipanten im Besitze der fiduciirten Sache voraus. Wäre also inzwischen usurecipirt worden, so fiele selbstverständlich jedes Bedenken gegen die Perfection der Schenkung fort. So aber bleibt dasselbe bestehen; es liegt darin, dass eine voll wirksame Mancipation an den Gläubiger der an den Beschenkten vorhergegangen ist. Wenn Scävola trotzdem die Rechtsbeständigkeit der Schenkung nach der lex

Cincia für zweifellos erklärt, so thut er dies deshalb, weil ihm die mancipatio fiduciae causa inhaltlich gar nicht mehr als Eigenthumsübertragung, sondern nur als obligatio fiduciae erscheint. Es ist das genau dieselbe Anschauung, die Paulus (R. S. III 6 § 16) vertritt, in der Fiduciirung liege keine, das gegebene Legat aufhebende Veräusserung der vermachten Sache. Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass Paulus auch in formaler Beziehung so weit gegangen ist, wie Scävola nach der obigen Annahme gegangen sein würde, dass er bei einem do lego legatum trotz der inzwischen eingetretenen Mancipation an den Gläubiger fiduciae causa dem Vermächtnissnehmer die rei vindicatio auf den Gegenstand der Zuwendung zu geben bereit war. Und so mag man billigerweise Bedenken tragen, bei Scävola eine Mancipation an den Gläubiger vorauszusetzen, wenn noch irgend eine Möglichkeit übrig bleibt, die Stelle bei Annahme einer blossen pignoris obligatio zu erklären. Dies ist aber, wie ich meine, in der That der Fall. —

Versteht man nämlich unter pignoris obligatio die Beredung, dass das Pfandobject gleich wie ein pignus haften solle, also in dem Sinne, wie der Ausdruck „pigneri sunto“ in den bekannten Catonischen Pachtformularen sich findet, wie man wohl von einer „Besitz-Verpfändung“ neuerdings (Bachofen, Pfandrecht Bd. I p. 8 ff.) gesprochen hat, so ist es allerdings möglich, den Zweifel an der Gültigkeit der nachfolgenden Schenkung zu begreifen, auch ohne die Supposition einer mancipatio fiduciae zu machen.

In einer Reihe von Stellen treten nämlich Spuren der Anschauung hervor, als sei der Gläubiger der Herr der ihm als pignus verhafteten Sache. Längst bemerkt ist dies in Betreff der

> L. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem (Vlp. lib. 28 ad Ed.).

Durch die Steigerung „nec possessio“ wird erkenntlich angedeutet, dass das, quod transit, doch eben etwas mehr ist als bloss die possessio, wie sich denn ja auch quod grammatisch auf pignus bezieht, dies selbst also als das auf den Gläubiger Uebergehende bezeichnet wird. Schon Puchta (Inst. § 246 g.)

glaubte deshalb an eine Umgestaltung des Fragments durch die Compilatoren. Ulpian habe fiducia, pignus und Hypothek in Vergleich gestellt und von letzterer gesagt, dass weder Eigenthum noch Besitz durch sie auf den Gläubiger übertragen werde. Es wäre immerhin auffallend, wenn die Compilatoren das von Ulpian klar angegebene Kriterium des pignus, die Besitzeinräumung an den Creditor, unrichtig durch „quod ad creditorem transit" wiedergegeben haben sollten, sahen doch selbst die Byzantiner (Basil. XXV 1, 9) sich hier zu correcterem Ausdrucke veranlasst. Dazu kommt, dass nach Lenels Untersuchungen (s. diese Zeitschr. Bd. III p. 105. 106) Ulpian erst im 30. Buche seines Edictscommentars auf die fiducia ex professo zu sprechen kommt, wenngleich eine gelegentliche Erwähnung derselben, wie sie auch Lenel an dieser Stelle voraussetzt, keineswegs zu den Unmöglichkeiten gehört. Wie dem aber auch sein mag, es ist wenig wahrscheinlich, dass die Compilatoren jenen Relativsatz „quod ad creditorem transit" mit pignus verbunden haben sollten, wenn sie ihn nicht schon bei Ulpian in diesem Zusammenhange gefunden hätten.

Hierher gehört ferner

> L. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5. Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris (Tryph. Lib. VIII Disp.).

Wie war es möglich, so muss man doch fragen, dass es erst eines besonderen kaiserlichen Rescriptes bedurfte, dass man die Autorität Papinians für dasselbe geltend machen zu müssen glaubte, bloss um die Zulässigkeit eines Verkaufes der Pfandsache an den Gläubiger von Seiten des Schuldners plausibel zu machen. Wenn Bachofen (Pfandrecht p. 169) dies dadurch erklären will, dass die Unfähigkeit des Gläubigers, die Pfandsache im Pfandverkaufe selbst zu erstehen, ihn dem Eigenthümer an die Seite stelle, dass er gleich diesem das Eigenthum überträgt, auch für die Eviction haftbar sein kann, so hat alles das seinen Grund doch nur darin, dass er der Verkäufer ist, also nicht zugleich Käufer sein kann, dass er das Recht zum Verkaufe hat und deshalb auch das Eigenthum zu übertragen im Stande ist. Wie darf man nun aus

diesen Erscheinungen bei dem Pfandverkaufe Schlüsse ziehen auf einen Kauf, der eben kein Pfandkauf ist; wie kann man eine Widerlegung des Gegners in dem beigefügten Grunde erblicken, quia in dominio manet debitoris, wenn der Gegner dies gar nicht leugnet, sondern seine Argumente aus dem Pfandrechte des Gläubigers entlehnt. Man kann kaum umhin, den Gegnern, wider die jenes Rescript sich wendet, und auf die auch das recte in § 9 der Vaticanischen Fragmente abzielt, den Gedanken unterzuschieben, der Pfandgläubiger sei gewissermassen der Herr der Sache. Eine ähnliche Anschauung tritt auch hervor in

> L. 101 pr. D. de leg. III, 32. Qui habebat in provincia, ex qua oriundus erat, propria praedia et alia pignori sibi data ob debita, codicillis ita scripsit: *τῇ γλυκυτάτῃ μου πατρίδι βούλομαι εἰς τὰ μέρη αὐτῆς δοθῆναι — χωρία πάντα, ὅσα ἐν Συρίᾳ κέκτημαι* — quaesitum est, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur. respondit secundum ea quae proponerentur non videri relicta, si modo in proprium patrimonium (quod fere cessante debitore fit) non sint redacta (Scaev. Lib. XVI Dig.).

Wieder tritt bei dem Fragsteller die Geneigtheit zu Tage, die zu Pfand gegebenen Sachen — und von fiducia kann bei den in Betracht kommenden Provincialgrundstücken ja keine Rede sein — den im Eigenthume des Testators stehenden in Hinsicht der letztwilligen Verfügung analog zu behandeln, und ebenso die Abweisung dieser Anschauung durch den Juristen. Allerdings wird gelegentlich auch in L. 73 pr. D. eod. bemerkt, dass das Vermächtniss „seiner Sklaven“ nur auf die im Eigenthum, nicht auf die bloss im Niessbrauch des Erblassers befindlichen gedeutet werden dürfe, und so möchte man meinen, als liege der Grund, der jene Fragenden zu ihrem Zweifel veranlasst, nicht sowohl in der besonderen Natur des pignus, als in der Neigung, die Vermächtnissanordnung auf alle Objecte zu erstrecken, an denen dem Testator die Detention auf Grund eines dinglichen Rechtes zusteht. Damit, glaube ich, würde aber doch der Sinn der L. 73 pr. D. cit. nicht getroffen sein. Es handelt sich da um die Interpretation des Ausdrucks suus; soll man diesen im streng

juristischen Sinne — und so vielleicht sogar im streng civilen — verstehen oder darf man ihn in einer etwas laxeren Bedeutung nehmen? Natürlich, es kommt dabei in erster Linie darauf an, was der Testator mit dem Worte sagen wollte, so dass etwa auch die bona fide besessenen Sklaven darunter fallen können (L. 73 § 1 D. cit.); die Präsumtion aber spricht nach Ulpian für die ihm eigenthümlich gehörigen. Nur bei Sachen, die, wie Silbergeschirr, im unmittelbaren Hand- und Mundgebrauch des Hausherrn stehen, nimmt Papinian in L. 9 § 2 D. de supellect. leg. 33, 10 keinen Anstand, „suus" auch auf bloss verpfändete Gegenstände zu erstrecken, sofern der Verstorbene sich ihrer nur zu seiner persönlichen Benutzung bedienen durfte und bedient hatte. Es begreift sich hiernach, dass selbst bei Sklaven, an denen dem letzteren der Niessbrauch eingeräumt gewesen war, die Frage aufgeworfen werden konnte, ob der Ausdruck „suus" nicht gleichfalls auf sie zu beziehen sei. Wenn nun aber selbst da, wo die Interpretation eines derartigen, mehrdeutigen Wortes gar nicht in Rede steht, wie in L. 101 pr. D. cit. und namentlich in L. 12 pr. D. cit. ein unverkennbarer Zug dahin wahrnehmbar wird, die pignora nach Analogie des Eigenthums zu behandeln, so kann dies eben nur auf einer abweichenden, die juristische Natur des pignus berührenden Auffassung beruhen. Und, dürfen wir weiter sagen, wenn diese von der Jurisprudenz consequent überall als unzutreffend zurückgewiesen wird, so liegt die Vermuthung nahe, man habe es hier mit den Nachwirkungen einer älteren, später überwundenen Anschauung zu thun. —

In der That kann nun das pignus nicht von Anfang an den juristischen Charakter gehabt haben, unter dem es in der classischen Periode des römischen Rechts auftritt. Bekanntlich begegnet es uns bereits in dem latinischen Bündnisse vom J. d. St. 261 „si quid pignoris nancitor, sibi habeto". Es ist kaum möglich, für diese frühe Zeit, wo von einer selbständigen Ausbildung des Besitzbegriffes noch keine Rede war, das Recht des Pfandinhabers als blosses Besitzrecht anzusehen und zu construiren; es musste nothwendig ein die Sache materiell, nicht bloss formell, wie der Besitz, erfassendes sein. Dazu allein passt auch der Ausdruck habeto, der

noch in den zwölf Tafeln (agnatus proximus familiam habeto) das Zueigenhaben bezeichnet. Selbst wenn man geneigt ist, das vertragsmässige pignus als eine Nachbildung des durch pignoris capio entstehenden zu betrachten, so folgt daraus noch keineswegs, dass dem Gläubiger lediglich der Besitz daran zugestanden habe. Wir wissen darüber kaum mehr, als uns Gaius (IV, 32) berichtet, wonach derjenige, gegen den eine pignoris capio vollstreckt war, die Befugniss hatte, die abgepfändeten Objecte auszulösen. Diese Berechtigung greift aber nicht minder gegenüber der fiducia als gegenüber dem pignus Platz (vgl. Paul. Sent. II, 13 § 4), verträgt sich also sogar mit dem Eigenthume bei dem Gläubiger und um so viel mehr mit einem formloseren Herrschaftsverhältniss, wie wir es etwa bei dem pignus voraussetzen dürfen. Hier fand keine Mancipation zu Eigenthum, sondern nur eine naturale Hingabe des Pfandobjects statt. Ein eigentliches Pfandrecht konnte durch dieselbe allerdings nicht entstehen, denn diesen Begriff als den eines ius in re aliena kannte man damals noch gar nicht. Ebensowenig ist nach dem oben Gesagten an eine einfache Besitzeinräumung zu denken; man gab doch die Sache, nicht den Besitz daran zu Pfand. Es bleibt also nur eine naturale Herrschaft übrig, die wenn sie gleich nicht als wahres Eigenthum angesehen werden mochte, demselben doch einigermassen verwandt erschien. Erst nachträglich wurde dann durch die Jurisprudenz der bis dahin bestandene Parallelismus zwischen fiducia und pignus gestört, letzteres in der Erkenntniss, dass es an einer iusta causa dominii transferendi fehle, auf die Bestellung eines ius in re aliena, eben des inzwischen entwickelten Pfandrechts, reducirt, und die Tradition als blosse Besitzüberlassung aufgefasst, die zur Pfandbestellung hinzukomme. Gerade hierin blieb aber doch eine Nachwirkung des früheren Wesens des pignus zurück. Dass der Pfandgläubiger juristischer Besitzer der Pfandsache ist, erscheint von dem Standpunkte der späteren Doctrin aus als eine schwer verständliche Anomalie, ist aber die einfache Consequenz der von uns vermutheten älteren Gestalt des pignus, bei welcher die Sache auf formlose Weise, ähnlich wie die fiducia durch Formalvertrag an den Gläubiger überlassen und dem Schuldner nur ein Einlösungsrecht vorbehalten wird.

Mit unserer Annahme stimmt es nun sehr gut, dass das Pfandverhältniss an einem Forderungsrecht als pignus nominis technisch bezeichnet wird. Die Verpfändung ist hier formlose Ueberlassung der Forderung zu Pfandzwecken, eine Cession. Geht man dagegen von dem Besitze als wesentlichem Bestandtheile des pignus aus, so begreift sich schlecht, wie das pignus nominis, das ja mit Besitz absolut nichts zu thun hat, zu seinem Namen kommt.

Ich gebe ganz anheim, wie weit man diesen Argumenten beweisende Kraft zugestehen will. Ich selbst erblicke darin nur eine an sich nicht ganz unwahrscheinliche Hypothese. Stimmt man derselben zu, so könnte man allenfalls der Deutung der Pfandbestellung auf ein Fiduciargeschäft entrathen, obgleich immer noch verschiedene Bedenken zurückbleiben würden. Einmal fehlt dann dem intra dies triginta jede ersichtliche Beziehung, es wird zu einem ziemlich überflüssigen Stücke des Thatbestandes; dann ist es nicht allein die materielle, an den Eigenthumserwerb anklingende Natur der Herrschaft des Gläubigers über das pignus, was Zweifel gegen die Rechtsbeständigkeit der Schenkung erregen muss, sondern in noch viel höherem Masse gilt das von der dem letzteren eingeräumten Berechtigung, sich eventuell eigenmächtig in den Besitz des Grundstücks setzen zu dürfen. Ist das noch verträglich mit dem Erfordernisse für die Gültigkeit der Schenkung, es müsse der Beschenkte „in vacuam possessionem" (fr. Vat. § 293. 314. 316) des geschenkten Grundstücks gelangt sein? Ueber diesen Punkt enthält nun unser Fragment kein Wort, und es müsste dies um so auffallender sein, als dies gerade das Moment ist, bezüglich dessen auch zu Scävolas Zeiten noch praktische Bedenken nicht ohne Schein geltend gemacht werden konnten.

2. L. 21 § 1 D. qui potior. 20, 4. Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant; idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor

retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse (Scaevola lib. 27 Dig.).

Der Text der Stelle ist hier nach der Mommsenschen Ausgabe wiedergegeben, obschon die Conjectur creditur für das creditor der Florentina kaum das Richtige treffen dürfte, da es Scävolas Gewohnheit nicht entspricht, den Thatbestand des fraglichen Rechtsfalles im Präsens auszudrücken. Indessen kommt darauf für die rechtliche Beurtheilung hier gar nichts an, ob wir die Worte des Juristen in ihrer ursprünglichen Fassung vor uns haben, denn augenscheinlich sind die Thatsachen, die derselbe zu Grunde legte, auch bei der Mommsenschen Emendation correct dargelegt. — Gemeiniglich interpretirt man diese Stelle von einer Collision zweier Pfandrechte, dem des Fiscus und dem des Creditor; letzteres gehe vor als Pfandrecht dessen, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam (L. 5. 6 D. h. t. vgl. statt vieler Sintenis Pfandrecht p. 624 Anm. 4). Das Pfandrecht des Fiscus fasste man früherhin als das wegen seiner Contractsforderungen ihm zustehende Generalpfand auf; neuerdings, wo sich die Meinung mehr Bahn gebrochen hat, dass zu Scävolas Zeit ein solches allgemeines Pfandrecht des Fiscus noch gar nicht bestand (vgl. z. B. v. Vangerow Pand. I p. 877 i. f.), musste man suchen, das Pfandrecht des Fiscus anders zu begründen. So will Bachofen Pfandrecht I p. 254 dasselbe als das stillschweigende des Vermiethers an den Invecten und Illaten des Miethsmannes deuten. Dies ist meiner Meinung nach kaum möglich; der Gläubiger hat die Steine in Händen, es wird gefragt, an iure pignoris eos r e t i n e r e possit, auch ist von der Illation in die kaiserlichen Speicher mit keinem Worte die Rede; dieser Umstand durfte nicht mit Stillschweigen übergangen werden, wenn eben daraus allein das Recht des Fiscus sich ergab, welches mit dem des Gläubigers in Conflict kam. — Ist es denn aber überhaupt nöthig, hier an zwei verschiedene Pfandrechte zu denken? Scävola spricht doch nur von e i n e m ausdrücklich und setzt genau genommen das Pfandrecht irgend einem anderen Rechte in der Frage „an iure pignoris retinere possit“ entgegen. Denn nicht auf sein besseres Pfandrecht oder sein Pfandrecht im Gegensatz zu einem anderen, sondern schlechtweg auf sein Pfandrecht be-

ruft sich der Gläubiger. In der That, glaube ich, handelt es sich hier für Scävola um den Vorzug des Pfandrechts gegenüber dem privilegium exigendi des Fiscus.

Aus dem Edicte des Tiberius Julius Alexander (vgl. Bruns, Fontes ed. 5 p. 219. 220) wissen wir, wie eben dieses Recht (πρωτοπραξία) zur Aufhebung von Verpfändungen, Veräusserungen und Zahlungen führen konnte, welche der fiscalische Schuldner aus seinem Vermögen bewirkt hatte. Allerdings ist dabei von einer missbräuchlichen Anwendung des Privilegiums die Rede. Allein der Missbrauch bestand, wie die zur Sicherung der Provincialen neu getroffene Anordnung zeigt, nicht darin, dass man überhaupt die Gültigkeit solcher Geschäfte auf Grund des Privilegiums anfocht, sondern darin, dass dies in einem ungerechtfertigten Umfange geschah. In Zukunft soll das Angreifen von Pfändern, die Dritten bestellt sind, die Revocation von Zahlungen u. s. w. nur dann zulässig sein, wenn von Seiten der Schatzbeamten gewisse Sicherungsmassregeln wider das Vermögen des Schuldners getroffen sind, oder durch öffentlichen Anschlag vor der Eingehung von Geschäften mit ihm gewarnt ist. Es ist hiernach nicht schwer, den eigentlichen Rechtsgrund eines derartigen Uebergreifens in das Vermögen Dritter zu erkennen. Es erscheint als in fraudem fisci gehandelt, wenn trotzdem durch Veräusserung oder Constituirung dinglicher Rechte an Sachen des Schuldners zu Gunsten Dritter diese der exactio seitens des Fiscus entzogen werden, oder wenn man den privaten Gläubiger durch Zahlung befriedigt, während er doch erst nach dem Fiscus auf Befriedigung Anspruch hat und damit den letzteren benachtheiligt. Weil derart in fraudem fisci vorgenommen, sind alle dergleichen Machenschaften durch diesen anfechtbar. So sagt noch Papinian ganz entsprechend den Vorschriften des gedachten Edicts in L. 18 § 10 D. de iur. fisci 49, 14: „ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam“. Erst Marcian geht darüber noch hinaus und giebt auch ohne mala fides des Empfängers dem Fiscus das Rückforderungsrecht. Von dem pfandrechtlichen Gesichtspunkte aus wäre die von Papinian gemachte

Voraussetzung des Wissens um das Schuldverhältniss des Zahlenden zum Fiscus völlig unhaltbar, und andererseits die Inanspruchnahme des bereits verbrauchten Geldes von dem, der bloss suum recepit (L. 5 C. de privil. fisc. VII, 73), nicht zu verstehen. Zu allem Ueberfluss wird dieser Rückgriff auf den Gläubiger des Fiscalschuldners als extraordinarium ius (L. 5 C. cit.), als besonderes Fiscalrecht (L. 21 D. de iur. fisc. 49, 14: „fiscus suo iure usus") bezeichnet. Eine Parallelstelle zu dem angeführten Fragmente aus Papinian, nur viel allgemeiner lautend, wenngleich auch zunächst mit besonderer Beziehung, ist: L. 45 pr. D. de iur. fisc. „In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est, et si non quaeratur; aeque enim in omnibus fraus punitur". — Natürlich fällt jeder Verdacht einer fraus fort, wo das fragliche Geschäft abgeschlossen war, ehe der Veräussernde Schuldner des Fiscus wurde. L. 1 C. de iur. fisc. X, 1: „Si prius, quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur". cf. L. 2 C. de privil. fisc. VII, 73. Bachofen, Pfandrecht I p. 249 a. Anf. Ebensowenig ist eine betrügliche Veräusserung da anzunehmen, wo die Verpflichtung dazu gleich bei dem Erwerbe des Objectes dem fiscalischen Schuldner auferlegt war. L. 45 § 3 D. de iur. fisc.: „A debitore fisci in fraudem datas libertates retrahi placuit. sane ipsum ita ab alio emere mancipium, ut manumittat, non est prohibitum; ergo tunc et libertatem praestare possit" cf. § 19 fr. de iur. fisc.

Mit dieser Entscheidung steht nun das Responsum des Scävola in unserem Fragmente im engsten Zusammenhange. Auch hier erfolgte der Erwerb der Steine nothwendiger Weise mit der pfandrechtlichen Belastung oder er hätte ganz unterbleiben müssen. Man kann also unmöglich in der Constituirung des Pfandrechts für den Gläubiger eine fraus gegen den Fiscus erblicken. Deshalb darf die Verpfändung nicht von dem Fiscus angefochten werden, und da jenes seiner Natur nach stärker wirkt als das privilegium exigendi, deshalb „creditor iure pignoris lapides retinere potest". Selbstverständlich, dass für das Justinianische Recht diese Auslegung nicht mehr zutrifft, in dessen Sinne vielmehr das fiscalische Pfandrecht

mit dem des Gläubigers, cuius pecunia pignoris causam salvam fecit, in Conflict geräth, und letzteres als das vorzüglichere anerkannt wird. Ein ähnliches Verhältniss waltet übrigens noch bezüglich mancher anderen Stelle der Compilation ob.

3. L. 61 § 1 D. de O. et A. 44, 7. „Seia, cum salarium constituere vellet, ita epistulam emisit: „Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis distracta re tua veni hoc. tibi quamdiu vivam praestabo annuos decem. scio enim, quia valde me bene ames". quaero, cum et rem suam distraxerit Lucius Titius et ad eam profectus sit et ex eo cum ea sit, an ei ex his epistulis salarium annuum debeatur. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit". (Scaevol. lib. 28 Dig.)

Was zunächst den vorliegenden Text anlangt, so dürfte eine kleine Aenderung in der Schlussformel des mitgetheilten Briefes sich empfehlen, die übrigens juristisch ganz gleichgültig ist; man wird „scio enim, quam valde" an Stelle des handschriftlichen „scio enim, quia valde" lesen müssen. Diese dem Griechischen nachgebildete Ausdrucksweise, die sich später vielfach findet, entspricht doch weder dem Stile des Scävola, noch ist sie dem Zeitalter desselben geläufig; auch stimmt der Conjunctiv viel besser zu quam als zu quia. Es handelt sich hier um eine vom späteren Abschreiber verlesene Sigle, die für beide Worte überaus ähnlich, mitunter sogar völlig gleich gestaltet war. Man berufe sich dem gegenüber nicht etwa auf einen möglichen, incorrecten Ausdruck der Schreiberin des Briefes, denn den würde Scävola, da er für die Beurtheilung des Falles absolut gleichgültig ist, ohne alles Bedenken, ich möchte fast sagen, ohne es selbst zu merken, stillschweigend verbessert haben. (Vgl. bezüglich des Sprachgebrauches des Scävola in Betreff des scire L. 88 § 16 D. de leg. II, 31. L. 39 pr. L. 41 § 14 D. de leg. III, 32. L. 19 § 1 D. de ann. leg. 33, 1. L. 78 § 8 D. ad Sc. Treb. 36, 1. L. 14 D. pro emt. 41, 4.)

Der dem Juristen in unserer Stelle vorgelegte Rechtsfall ist einem anderen nicht unähnlich, den Papinian in seinen

Responsen mittheilt. L. 26 § 3 D. de pact. dot. 23, 4. Eine Ehefrau hat, wie es scheint, bei Gelegenheit ihres Dotalvertrages (s. auch Czyhlarz, Dotalrecht p. 429 Anm. 2) mit ihrem Manne die Verabredung getroffen, dass sie ihre Reisen auf seine Kosten machen solle. Als sie nun auf briefliche Aufforderung des Ehemannes ihm in die Provinz, wo er diente, nachgefolgt ist, aber der verheissene Kostenersatz ihr vorenthalten wird, gewährt ihr Papinian, licet directa actio nulla competit, doch eine utilis in factum. Es ist bekanntlich sehr bestritten, was man unter dieser utilis in factum actio zu verstehen habe, ob eine auf den besonderen Fall zurechtgemachte Mandatsklage (so Mühlenbruch, Cession p. 161 Anm. 319) oder eine actio praescriptis verbis (so Cyrillus s. Heimb. Basil. Tom. III p. 473 Not. 6, freilich nicht, ohne bei anderen Byzantinern Widerspruch zu finden; vgl. noch Windscheid, Actio p. 129, Bethmann-Hollweg, Civilprocess Bd. II p. 322 Anm. 82). Wir können diese Controverse auf sich beruhen lassen, da Scävola die Art der von ihm in Aussicht genommenen Klage gar nicht näher bezeichnet, für ihn die ganze Frage darin besteht, ob überhaupt eine Klage gegeben werden solle oder nicht. — Wie erklärt es sich nun, dass Scävola zweifelnd fragt, während Papinian ohne Anstand eine Klage gewährt. Ich glaube nicht dadurch, dass letzterer als der jüngere eine bereits fester eingewurzelte Ansicht vorfand, welche zu jenes Zeiten erst im Entstehen begriffen war, sondern vielmehr durch die Verschiedenheit des Thatbestandes in beiden Fällen. In dem dem Papinian vorgelegten Streitfall konnte man schon aus der Form der Vereinbarung unter den Parteien ohne alle Unsicherheit entnehmen, dass dieselben eine rechtliche Ordnung des in Rede stehenden Verhältnisses beabsichtigt hatten; sie hatten dieselbe dem unter ihnen geschlossenen Dotalvertrage einverleibt oder doch in irgend eine directe Beziehung zu demselben gebracht, wie dies die Umgebung des § 3 cit. deutlich genug zeigt. Dem Scävola liegt ein einfacher Brief vor. Sollte dadurch überall eine juristische Verpflichtung begründet werden? Handelt es sich um eine bedingungsweise zugesicherte Schenkung, also ein formloses Schenkungsversprechen? Ist die Leistung des Jahrgehaltes als Gegenleistung für das Kommen des Lucius Titius gedacht?

Genug eine Menge von Möglichkeiten, der schon gestreiften Frage, ob das Ganze als Mandat aufzufassen sei, gar nicht zu gedenken, zwischen denen die thatsächlich begründete Auffassung herauszufinden, nur der Richter nach specieller Betrachtung der unterliegenden persönlichen und sachlichen Verhältnisse im Stande ist. Daher ex personis causisque eum cuius notio est aestimaturum.

Allein, ist damit nicht eigentlich jedes Responsum abgelehnt? Das wird der Richter entscheiden, heisst denn doch, dass der Jurist eben nicht entscheide. Ja, wo noch die näheren Gesichtspunkte angegeben werden, nach denen sich jener bei seinem Urtheil soll leiten lassen, kann man der Antwort des Rechtsgelehrten wohl noch den Charakter eines Responsum zuerkennen, indem hier ähnlich wie in der Formel des Magistrats dem Judex eine bindende Instruction ertheilt wird. Aber „ex personis causisque“ lautet doch allzu unbestimmt, um noch als autoritatives Responsum zu gelten, und solche allein konnten doch füglich den Parteien zugestellt und in eine Responsensammlung, wie Scävolas Digesten es waren, aufgenommen werden. Es bleibt darnach kaum etwas anderes übrig, als die Erklärung, dass hier eine Klage möglich sei, für den wesentlichen Inhalt des Gutachtens zu halten, dasselbe also in Gegensatz zu einer irgendwie laut gewordenen Auffassung, nach der von vornherein jeder Anspruch auf das verheissene Jahrgeld abzulehnen wäre, oder allenfalls auch umgekehrt, durch den beigebrachten Brief als bereits vollkommen dargethan angesehen werden müsste, gestellt zu denken. Damit erhielte dann auch das ex personis causisque eine etwas concretere Färbung; der Richter hat auf die begleitenden Nebenumstände seine Aufmerksamkeit zu richten. —

Vergleichen wir mit dieser Stelle eine andere des etwas älteren Marcellus:

> L. 69 § 1 D. de leg. III, 32. „Titius codicillis suis ita cavit: Publio Maevio omnes iuvenes, quos in ministerio habeo, dari volo: quaero, a qua aetate iuvenes et in quam intellegi debeant. Marcellus respondit, quos verbis quae proponerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere: non enim in causa testamentorum ad definitio-

nem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset iuvenis is, qui adulescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari." (Marcell. lib. sing. resp.)

Es ist auffallend, mit welcher Zurückhaltung der Jurist sich hier äussert, um nicht der auf das Thatsächliche zu richtenden Untersuchung des Urtheilsfinders irgendwie vorzugreifen. Sehr viel zwangloser tritt in dieser Hinsicht Scävola auf, der sich sogar nicht scheut, direct den Inhalt dessen anzugeben, was vom Richter durch seine aestimatio festzustellen sei. So in L. 14 i. f. D. de dote leg. 33, 4: „eum, cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur". L. 16 § 1 D. de alim. leg. 34, 1: „aestimaturum, ut, si quidem viva ea et ei praestabat, nihilominus ad fideicommissum admitteretur, aliter vero non". L. 31 pr. D. de lib. leg. 34, 3: „ita ab iudice aestimandum, ut inspiceret etc." Es handelt sich hier ja, namentlich in der letzten Stelle, mehr um eine Differenz in der Form als in der Sache selbst zwischen dem, was Marcellus, und dem, was Scävola thut, aber die veränderte Form lässt doch erkennen, dass zu des letzteren Zeiten die Stellung des respondirenden Juristen gegenüber dem in der Sache entscheidenden Richter eine massgebendere und selbstbewusstere geworden ist. Dagegen lehnt Scävola jedes Gutachten ab in

L. 60 D. de manum. test. 40, 4: „Testamento ita cavit: *Εὔδονι βούλομαι δοθῆναι νομίσματα χίλια, ἐπεὶ ἔφθασεν γεννηθῆναι μετὰ τὸ τὴν μητέρα αὐτοῦ γενέσθαι ἐλευθέραν*: quaero, an, si Eudo non probet se post manumissionem matris suae natum, possit his verbis testamenti libertatem consequi. respondit non oportere eiusmodi consultationem praeiudicium parare". (Scaev. Lib. 24 Dig.)

und dennoch ist dies eine Antwort, die vollständig den Charakter eines richtigen Responsum aufweist. Eudo hatte auf das ihm hinterlassene Fideicommiss geklagt und hatte die dafür im Testamente angeführte Voraussetzung nicht beweisen können. Er will dieselbe nunmehr dadurch ersetzen, dass er behauptet, eventuell liege in den mitgetheilten Testaments-

worten seine Freilassung. Diese Aenderung des Klagefundamentes erklärt Scävola für unzulässig, jede Untersuchung über die Frage nach der Freilassung in diesem Processe für ausgeschlossen, damit nicht durch eine quaestio pecuniaria ein Vorentscheid für die quaestio libertatis entstehe. (Vgl. L. 4 § 1 D. ne de stat. def. 40, 15. L. 2 C. de ord. cogn. VII, 19.) Hierin ist nun eine in bindender Form dem Richter der Fideicommisssache gegebene Anweisung, die Frage nach der Freilassung seiner Cognition nicht zu unterziehen, zweifellos enthalten, und somit ist hier die Weigerung, ein Gutachten zu erstatten, doch ein wahres Responsum für den Gebrauch im schwebenden Verfahren. —

Einer eingehenderen Erörterung bedarf in diesem Zusammenhange schliesslich noch

> L. 15 § 1 D. de alim. leg. 34, 1: „Testator concubinae mancipia rustica numero octo legavit et his cibaria praestari iussit in haec verba: eisque mancipiis, quae supra legavi, cibarii nomine ab heredibus meis praestari volo, quae me vivo accipiebant. quaesitum est, cum vivo testatore semper mancipia rustica tempore messium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione domini sui nunquam acceperint excepto custode praedii, an heres eius quoque temporis, id est messis et arearum, et cibaria concubinae pro mancipiis rusticis praestare deberet. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. Claudius: merito: nam si eodem modo, quo apud testatorem fuerunt, et apud concubinam futura legavit, non debebantur eius temporis, de quo quaesitum est, cibaria: verum si velut in ministerium urbanum ab his transferentur, debebuntur. (Scaev. lib. 17 Dig.)

Wir treffen hier eine ganz unbestimmte Verweisung auf die zu erwartende richterliche Würdigung des Falles an, die man kaum anders denn als eine Ablehnung des eigenen Gutachtens durch den Juristen aufzufassen geneigt sein wird. Nur wunderbar, Claudius Tryphoninus würde dann in einem Athem diese Ablehnung für gerechtfertigt erklären und nichtsdestoweniger sofort das hinzufügen, was wir nach Lage der Sache und nach Scävolas Gewohnheit in dessen Responsum vermissen,

die näheren Gesichtspunkte, von denen bei der richterlichen aestimatio auszugehen ist, also loben und besser machen in ein und derselben Note. So habe ich denn an einer anderen Stelle (Bd. VIII dieser Zeitschrift p. 166) bereits die Ansicht ausgesprochen, Scävola habe in seiner Antwort ausdrücken wollen, der Richter werde in dem Sinne, in welchem die Anfrage gestellt sei, entscheiden, und habe mich für diese meine Ansicht auf den Inhalt der Bemerkung des Claudius und zunächst auf das Wort „merito“ berufen. Meine Auffassung hat entschiedenen Widerspruch gefunden; iudicem oder eum, cuius notio est, aestimaturum, heisse nichts anderes, als dass sich darüber keine Entscheidung geben lasse, und dies werde von Claudius durch den Hinweis auf allerlei Möglichkeiten bestätigt und begründet. Ich muss deshalb auf eine ins Einzelne gehende Interpretation des Fragmentes zurückkommen.

Zuvörderst dürfte das wohl allseitig eingeräumt werden, dass die gesammte Darstellung des Thatbestandes, wie sie ja bei Scävola regelmässig auf eine bestimmte Beantwortung der aufgeworfenen Frage zugespitzt wird, auf eine Verneinung des Anspruchs auf Kost für die Sklaven hinleitet. Niemand, glaube ich, würde Anstoss daran nehmen, wenn das Responsum des Juristen dahin gelautet hätte: „secundum ea, quae proponerentur, eius temporis cibaria non deberi“. Es will der Fassung des Falles gegenüber, wie Scävola sie giebt, gar nicht recht motivirt erscheinen, dass er die Entscheidung lediglich dem Richter zuschiebt. Eben deshalb, könnte man aber einwenden, sah sich Claudius Tryphoninus gerade zu seiner erläuternden Bemerkung veranlasst. Was sagt derselbe nun aber eigentlich? Sehen wir uns die Worte doch nur genau an. Nach dem dem Scävola beistimmenden merito folgt eine Aeusserung über die mögliche Gestaltung des Thatbestandes, wobei zweierlei unterschieden wird. Das eine gehört der Vergangenheit an und wird in dem Temporibus der Vergangenheit ausgesprochen: quaesitum est — non debebantur; debebuntur ist lediglich eine Verschlimmbesserung des Textes von Leuten, die sich den Zusammenhang der Stelle nicht klar gemacht haben, und am allerwenigsten ist man berechtigt, die Stelle einfach mit dieser Pseudoemendation abzudrucken, als ob das der richtige florentinische Text sei. Das ist eben der Fall,

der dem Scävola zur Begutachtung vorlag, und den Claudius, wie er das auch nicht gut anders konnte, als der Vergangenheit angehörig bezeichnet; dann geht er zu dem Futurum transferentur über, damit kann unmöglich ein factum des schon abgeschlossen vorliegenden Streitfalles bezeichnet werden. Ganz entsprechend heisst es dann weiter debebuntur. Gefragt war doch nach den bereits geschuldeten Geldern oder Naturalien für die Kost der Sklaven; eine Anerkennungsklage im Sinne des heutigen Processes besassen die Römer doch nicht, wo über das zukünftig etwa zu Fordernde hätte verhandelt werden können. Also Tryphoninus fügt in dem zweiten Theile seiner Anmerkung eine später möglicher Weise eintretende Aenderung des bestehenden Sachverhältnisses hinzu, die dann eine abweichende Entscheidung bedingen würde, während er im Anfang dem Votum des Scävola beitritt und die fragliche Schuld verneint (non debebantur). Damit stimmt es vollständig, dass die Sklaven am Schlusse der Anfrage nochmals ausdrücklich als mancipia rustica in Bezug genommen werden, während sie nach ihrer Ueberführung in den städtischen Dienst jenen Namen nicht mehr mit Recht tragen, sondern als mancipia urbana anzusehen sein würden. Nach alledem, insbesondere nach dem merito der Note, muss also auch Scävola sich gegen die Verpflichtung des Erben zur Leistung der cibaria ausgesprochen haben. Ob dies nun in der nackten Erklärung „eum, cuius notio est, aestimaturum“ habe gesagt sein sollen und können, oder ob etwa ein Wort ausgefallen ist, etwa ein ita nach respondit, das lasse ich dahingestellt.

4. L. 122 § 1 D. de V. O. (Scaev. lib. 28 Dig.)

Es ist dies das bekannte Fragment über das Schiffsdarlehn des Callimachus. Ich setze den Wortlaut der ziemlich umfangreichen Stelle nicht her, da dieselbe an einer doppelten Verderbniss leidet, deren nähere Darlegung und Besprechung die Aufgabe dieser Zeilen sein soll. Es ist ausser aller Frage, dass sowohl in Zeile 21 der Mommsenschen grossen Digestenausgabe (p. 670), als in Zeile 28 ebd. der in der Florentiner Handschrift überlieferte Text, „et in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur“ und „cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore“ Entstellungen erfahren hat, die ihn absolut

unverständlich machen. Man muss, auch darüber kann keine ernstliche Meinungsverschiedenheit bestehen, aus den intact gebliebenen Theilen des Fragmentes den Sinn — der Wortlaut wird sich doch nicht auch nur annähernd errathen lassen — des ursprünglich Vorhandenen zu erkennen versuchen. Dabei gehen wir aus von der gewiss richtigen Bemerkung Huschkes in seiner Erörterung unseres Paragraphen im zehnten Bande N. F. der Giessener Zeitschrift, dass der Unterschied der beiden an Scävola gerichteten Fragen darin bestehe, ob die Stipulation unerachtet des Consenses des Eros verfallen sei, oder ob die dem Herrn an sich erwachsene Stipulationsklage durch jenen Consens nicht wenigstens nachträglich, wenn auch nur im Wege der Einrede beseitigt sei. In letzter Beziehung „an actionem domino suo semel acquisitam adimere potuerit", lautet der Bescheid, „non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi". Dieses „in quemvis locum" zeigt nun deutlich genug, dass von irgend einem anderen Orte ausser Beryt und Brundisium die Rede gewesen sein muss; die wiederholte Berufung auf den Consens des Eros, der nach der Abreise von Brundisium nur ertheilt sein kann, denn vorher, da bis dahin ganz secundum conventionem verfahren ist, hat er überhaupt keinen Sinn, macht es nothwendig, dass dieser Zustimmung ebenfalls irgendwo Erwähnung geschah. Nimmt man ferner hinzu, dass ausdrücklich gesagt ist, „quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit", so liegt die Ergänzung des unvollständig mitgetheilten Thatbestandes nahe. Callimachus ist zwar rechtzeitig von Brundisium nach Syrien abgesegelt, hat aber unterwegs seinen Cours geändert, noch irgend einen anderen Hafen aufgesucht und ist dort mit Consens des Eros über die bedungene Zeit liegen geblieben. Von der Auseinandersetzung dieses Zwischenfalles ist noch das Wort „mansisset" in dem Codex stehen geblieben. Zwischen diesem und in nave klafft eine grössere, vermuthlich durch ein ähnlich klingendes Wort, etwa immisisset, veranlasste Lücke. — So allein wird der Gedanke, man könnte vielleicht die Stipulation für nicht verfallen erklären, verständlich. Callimachus hat das, was buchstäblich bedungen war, getreulich erfüllt; konnte ihn nicht von dem, was nur stillschweigend

bei der Abrede vorausgesetzt war, der directen Rückfahrt nach Syrien, die Zustimmung des Eros dispensiren? Es ist doch gar zu unmotivirt, wenn, wie die mitgetheilte Parteiberedung es thut, vorher mit klaren Worten angegeben ist, die Abreise von Brundisium solle vor den Iden des September erfolgen (inde intra Idus Septembres — proficiscatur), nacher zu zweifeln, ob es nicht vielleicht genüge, wenn die Waaren rechtzeitig verladen sind, als ob vernünftiger Weise nicht eben alles darauf ankäme, dass die Abfahrt zur bedungenen Zeit erfolge. Aus diesem Grunde will mir die Huschkesche wie die Mommsensche (in Anm. 5 zu unserer Stelle a. a. O. p. 670) Zurechtlegung der Thatsachen und des Textes sehr wenig plausibel erscheinen. Für das sinnlose debito wird nothwendig Berytum zu lesen sein.

Wenn wir hier sonach auf eine Auslassung gestossen sind, so kann bei dem ersten Hinsehen wohl der Gedanke aufsteigen, es möchte umgekehrt die andere fehlerhafte Stelle an einem zu viel leiden. Es würde anscheinend völlig genügen, wenn geschrieben wäre „inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emtis in Syriam proficiscatur“. Selbst „per navigium“ hat ein Bedenken gegen sich; proficiscatur heisst in dem Zusammenhange, in welchem es hier steht, „absegeln“; navigium bezeichnet aber in dem ganzen Fragment nicht das Fahrzeug, sondern die Seereise. Durch diese gelangt man nun wohl an sein Ziel, kann man jedoch auch sagen, dass man per navigium aufbreche? Selbst aber, wenn man per navigium als erklärendes Glossem ansehen wollte, würde es älter sein müssen als die dazu gegebene Erklärung „et in nave mercis ipse“, Callimachus selbst solle auf dem mit den Waaren beladenen Schiffe abfahren. Allein es treten doch bald sehr gewichtige Gegengründe wider eine solche Annahme mehrfacher Glosseme hervor. Der Satz, mit dem wir es hier zu thun haben, ist ein Theil der durch Stipulation bekräftigten Vereinbarung unter den Parteien; diese musste mit einer gewissen Umständlichkeit alle einzelnen Momente, auf die es ankam, aufzählen. Viel eher konnte man in der voraufgehenden Einleitung des Falles das Verladen der Waaren übergehen als hier, wo es nebenbei noch eine Rückreise, ohne die Waare mitzunehmen, ausschliesst. So wird es

denn wohl bei der Mommsenschen Emendation sein Bewenden behalten müssen „et in navem receptis in Syriam per navigium proficiscatur", zumal die Florentina nicht in nave mercis, sondern in navem mercis liest. Die Meinung Huschkes (a. a. O. p. 5 Anm. 15), welcher ipse dadurch zu halten sucht, dass er diesem Worte den Sinn unterlegt, Callimachus habe dadurch genöthigt werden sollen, die Führung des Schiffes selbst beizubehalten, sie nicht einem anderen minder zuverlässigen oder erprobten Führer zu überlassen, hat zweierlei gegen sich. Einmal würde das deutlicher ausgedrückt, diese Clausel der Vereinbarung nicht in dies eine Wörtchen hineingepresst sein, dann aber erscheint uns Callimachus gar nicht als Schiffsführer, sondern vielmehr als Supercargo oder auch als Kaufmann, der die Reise auf eigene Rechnung unternimmt und ausführt. Von ihm ist eben gar nicht zu erwarten, dass er einen dritten an seiner Statt substituiren werde. Ebenso ist eine andere Vermuthung zurückzuweisen, die ich selbst einen Augenblick hegte: es sei ipsam in Syriam zu lesen, und damit solle gesagt sein, Callimachus habe seinen Cours direct nach Syrien zu richten. Eine solche Bedeutung dem „ipsam in Syriam" beizulegen würde aber nur dann sprachlich möglich sein, wenn ausser Beryt und Brundisium noch andere Orte vorher genannt worden wären, und ebenso gilt hier, was bereits gegen Huschke geltend gemacht ist, dass die Parteien sicher diesen Punkt ihres Abkommens deutlicher hervorgehoben, nicht hinter dem persönlichen Pronomen versteckt haben würden. Endlich wäre auch kaum abzusehen, wenn Callimachus die directe Rückkehr nach Beryt ausdrücklich versprochen hätte, und andererseits ein Verweilen an einem dritten Orte nach den in dem Fragmente sonst darauf hinweisenden Spuren anzunehmen ist, woher der Zweifel, ob die Stipulation verfallen sei, kommen sollte. So ist es doch meines Erachtens das richtigste, hier bei der Mommsenschen Restitution dieses Satzes stehen zu bleiben.

IX.

De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea

scripsit

E. C. Ferrini, antecessor Mutinensis.

I.

De ultimo libri IIII[1] titulo.

Quod in praefatione sua Huschkius coniecerat, ultimum scilicet libri IIII[1] Institutionum iustinianarum titulum eidem auctori tribuendum esse qui duos priores libros composuisset, id Grupius in ea quam de compositione harum Institutionum scripsit commentatione pluribus argumentis ex loquendi usu potissimum haustis confirmare conatus est. Sed cum omnes prorsus rationes ab Huschkio l. l. collatae minimi momenti sint, tum etiam argumenta, quae Grupius attulit, vix mihi sufficere videntur, ut hunc titulum a ceteris eiusdem libri seiungamus et alteri vindicemus auctori. Immo plura, si quid video, eo titulo insunt, quae contra adduci possint.

Et revera verba quae I. IV, 17 pr. legimus „superest ut de officio iudicis dispiciamus" nullomodo probant id fuisse auctoris consilium, ut eiusmodi materiae tractatione totum librum absolveret. Ea enim est huius *φράσεως* significatio: „iam est ut dispiciamus" seu „nunc ipse rerum ordo nos admonet, ut tractemus": nequaquam vero illa „nihil aliud nobis restat, nisi ut dispiciamus". Quae significatio gaianis exemplis optime demonstratur: cf. e. gr. 4, 114. 138, ita ut nihil haec dictio ab altera „sequitur ut dispiciamus" [cf. G. 4, 155. I. 4, 13 pr. 15 pr.] distare

videatur. Nonne autem in § 2 I. IV, 12 (sicuti apud Gaium) scriptum est „superest, ut admoneamus“? Quod si dicas hanc dictionem ideo usurpatam esse, quia ut totus de actionibus sermo absolveretur id tantum admonendum erat, eadem ratione dici potest ita in pr. I. IV, 17 scriptum fuisse, quia ad totius privati iuris elementa complenda una de officio iudicis tractatio desiderabatur.

Restat ut grupiana argumenta refellamus. Verbum extendere in priore Institutionum parte docet Grupius iungi praepositioni in modo cum ablativo, modo cum accusativo [pr. I. 1, 22 — § 2 I. 1, 24 — § 6 I. 2, 19], in posteriore parte praepositioni in cum solo ablativo [3, 27, 7]. Legimus autem § 3 I. 4, 18 „lex — — in eos suum vigorem extendit“. Sed cum Grupius ex duobus posterioribus libris unum tantummodo afferat exemplum, quis non videt quam fragili demum fundamento eius nitatur demonstratio! Praesertim cum illud quoque dici possit non eandem esse in § 7 I. 3, 27 atque in § 3 I. huius verbi vim et significationem. Illic enim dicitur voluisse Iustinianus dupli „augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi“ h. e. „per totam legatorum provinciam“; hic autem de lege est sermo, quae in malos perditosque homines suum vigorem ostendit, h. e. „adversus scelestos homines poenas minatur“. Quae cum ita se habeant, quis miretur in tam diversa verbi vi atque efficacia diversos quoque casus adhiberi? Nihil igitur hoc exemplum ad auctorum diversitatem demonstrandam confert.

Verbum admittere in sola posteriore Institutionum parte ita usurpari Grupius admonet, ut eo peccandi seu delinquendi actio significetur: hanc autem vocem adeo huius partis compositorem in deliciis habuisse, ut, cum apud Gaium 3, 202 legeret „furtum committeretur“ ipse „f. admitteretur“ scriberet. — Cum autem § 8 I. 4, 18 legamus ‘qui vim commiserit’, vix esse Grupius ait, ut illi huius tituli compositio tribui possit. — Haec omnia aliquid sane momenti haberent, si revera constaret posteriorum librorum compositorem ab hac voce constanter abhorruisse et penitus abstinuisse. Id autem non ita se habet. Contra facile ostendi potest saepissime, cum apud Gaium verbum ‘committere’

in ea significatione legeret, id eum retinuisse e. gr. I. 4, 4, 1 || ib. § 3. || 4, 8 pr. || § 5 (bis) || § 6 (bis) et alibi saepius, ut sine temeritate dici possit probabilius eum in G. 3, 202 „admitteretur" in suo libro legisse; ridiculum enim esset dicere librum illum nostrum veronensem, quem unicum novimus, iustinianos ante oculos habuisse. Sed haec omnia supervacua sunt, cum ille ipse quis duos posteriores libros composuit etiam ubi non alios descripsit sed sua protulit eam usurpaverit dictionem, cf. e. gr. § 6 I. 4, 8 „si dominus in servum suum aliquid commiserit". — Cur idem non potuit § 8 l. componere? praesertim cum Iustiniani constitutio, quae ibi laudatur, quaeque sane auctori cum scriberet ante oculos versabatur, bis de crimine commisso [c. un. § 1. 1°, VIIII 13] loquatur [1]).

Sunt contra argumenta nec pauca nec leviora, quae ad nostram sententiam comprobandam plurimum conferant. Quorum unum nec Grupium fugit, qui tamen eius vim non satis perpendisse videtur. Dictio „ex latioribus digestorum sive pandectarum libris" (§ 12 I. 4, 18) in duobus prioribus Institutionum libris nusquam legitur; contra ea vel aliae simillimae octies in duobus posterioribus inveniuntur, I. 3, 12 pr. || 3, 23 § 2 || 4, 6 § 2 || 4, 6 § 5 || ib. § 37 || 4, 13 § 6 || 4, 14 § 3 || 4, 18 § 12. — Huiusmodi autem dictiones auctoris stylum multo melius produnt, quam reliqua vocularum seu casuum observatio. Non enim facile quis sibi adeo semper constans invenietur, ut nunquam ab alicuius vocis seu verborum coniunctionis usu deflectatur; id autem in illarum dictionum usum non cadit, quas aliquis sibi creat et in deliciis (ut fit) habet [2]).

§ 6 I. 4, 18: magna ex parte ex constantiniana constitutione hausta est, quae legitur c. 9, 17, 1. Eiusmodi paragraphi, quae integre vel fere ex principum constitutionibus hauriuntur, plures in duobus posterioribus Institutionum libris leguntur: cf. I. 3, 1 § 2ª = Cod. 5, 27, 11 ||

---

[1]) Cetera Grupii argumenta missa facio; exiguiora enim sunt. —
[2]) Vocem 'aperte' [— ius — issime] in libro I° et II° frustra quaeri monet Grupius (Comm° p. 16), cum in postremis duobus libris sit frequentissima; eam autem invenies § 8 I. 4, 18.



I. 3, 2, 3b. 4 = c. 6, 58, 14 || I. 4, 1, 8 = C. 6, 2, 20 || ib. § 16 = ib. c. 22 § 1. 2 || I. 4, 13, 11 = C. 2, 12 (13), 7. — Contra in duobus prioribus libris una est paragraphus, quae ex Iustiniani Constitutione post veterem codicem lata sumpta est [I. 1, 11 § 2 = C. 8, 47 ⟨48⟩, 10]; nullus autem locus ex vetere codice in illorum librorum textum migravit. Auctor vero ultimi Ii. IIIIi tituli, qui ex eo codice hausit, idem fuisse videtur atque ille qui duos posteriores libros composuit. — Ex Dig. 50, 16, 233 fere tota § 5 l. t. derivata est. Eiusmodi autem Digestorum usus in duobus posterioribus libris multo frequentior est, quam in duobus prioribus, quorum auctor plerumque a describendis pandectarum verbis abhorruisse videtur.

Quod igitur prima etiam facie credibilius videtur, eum nempe qui ceteros libri titulos composuerit etiam illius postremi auctorem esse, id, re perpensa, pro certo habendum est.

Hoc unum tamen, arbitror, obici posset. In duobus prioribus libris imperatorum constitutiones non raro sacrae appellantur[1]) (1, 5 § 1 || ib. 10 § 12 || 'sancta const.' 1, 22 pr. || 2, 10 § 3 || 2, 12, pr.), id vero in duobus posterioribus libris nusquam occurrit, nisi quod § 10 I. 4, 18 „ex sacris constitutionibus" legitur. Hic tamen locus mendo laborare videtur. Nam vix tolerabilis est huiusmodi dicendi modus: „lex Fabia — — quae — poenam ex sacris constitutionibus inrogat". Probabilius olim scriptum fuerat: „pecuniariam poenam inrogat; sed ex novellis constitutionibus interdum capitis poena inrogatur", cfr. Collatio legum, ubi eadem fere observatio continetur, 14, 6[2]). — Postea vero emendatus est locus, seu potius corruptus, ne novellarum constitutionum mentio ad Iustiniani ipsius νεαρὰς διατάξεις referretur. Cuius perturbationis vestigia vel in graeco Insti-

---

[1]) cfr. § 16 I. 2, 6: 'nostra autem divina constitutio'. — [2]) pr. I. 3, 28 'novellae nostrae constitutionis'. Ceterum ea quae de novellis constitutionibus in Collatione l. l. traduntur verisimilius ex scholiis ad Pauli librum quintum sententiarum hausta esse credendum est, quae etiam iustiniani ante oculos habere potuerunt.

tutionum indice persequi quis posset: „ὅς [scilicet ὁ φάβιος] ἐσθότε κεφαλικὴν ἐκ τῶν βασιλικῶν ἐπάγει διατάξεων τιμωρίαν, ἐσθότε δὲ κουφοτέραν, ὡς ἐκ τοῦ κώδικος καὶ τῶν διατάξεων ἔστι γνῶναι". Quid sibi volunt hae constitutiones, quae praeter codicem laudantur? Immo quid sibi vult haec tota adiectio, cuius nil similis in toto graecarum institutionum corpore invenitur? Inde, si quid video, recte arguendum foret in ipso libro, qui graeco interpreti praesto erat, totam hanc paragraphum mirum in modum interpolatam et confusam fuisse.

II.

De auctoribus, qui in Institutionibus laudantur.

In I° libro auctores hi laudantur: 1, 4 pr. Marcellus || 1, 10, 9 Iulianus || 1, 11 § 12 Cato || 1, 13, 1 Servius || 1, 25, 2 Papinianus responsorum libro V° || 1, 25, 16 Scaevola || 1, 26, 6 Iulianus || ib. § 5 Iulianus || ib. § 7 Papinianus.

In II° libro laudantur: 2, 1, 8 Papinianus || ib. § 25 Sabiniani et Proculiani || ib. § 38 Iulianus || 2, 5, 5 Marcellus || 2, 6, 9 Papinianus || 2, 10, 5 Pomponius || 2, 14 pr. Atilicinus et Paulus || 2, 20, 9 Iulianus || ib. § 12 Celsus || 2, 20, 14 Papinianus || ib. § 16 Iulianus || ib. § 18 Iulianus || ib. § 20 Iulianus || ib. § 36 Sabinus || 2, 23, 7 Papinianus || 2, 25, 1 Papinianus.

In III° libro: 3, 8, 2 Iulianus et alii plerique || 3, 23, 2 Sabinus et Cassius — Proculus || 3, 24, 4 Cassius || D. 25, 2 Q. Mucius et Servius Sulpicius || 3, 26, 6 Sabinus || ib. § 8 Sabinus et Cassius || 3, 29, 2 Gallus Aquilius.

In libro IIII°: 4, 3, 1 Aelius Marcianus || ib § 15 Sabinus || 4, 5, 2 Iulianus || 4, 18, 5 Gaius.

Patet ergo ante omnia multo frequentius nomina auctorum in duobus prioribus, quam in duobus posterioribus libris laudari, idque qua ratione factum sit ex sequentibus apparebit.

Omnia, quae recensuimus, exempla optime videntur mihi trifariam dividi posse:

1) Laudatur auctor, unde is, qui Institutionum textum confecit, hausit seu verba seu sententiam.
2) Nomen auctoris, qui laudatur, ex Iustiniani constitutionibus sumptum est.
3) Nomen auctoris in iuris libris extabat, unde ipse Institutionum textus confectus est.

Auctor operis, unde is textum hausit, qui Institutiones composuit, in solo IIII° libro laudatur. Adferuntur nempe Marcianus [4, 3, 1] et Gaius [4, 18, 5]. Illud animadvertendum est in his duobus exemplis etiam operis nomen laudari: „sicut Aelius Marcianus in suis Institutionibus refert“: „Gaius noster in interpretatione legis XII tabularum scriptum reliquit“. Id autem (saltem in duobus libris posterioribus) nusquam alibi occurrit; nam simpliciter iurisconsultus laudari solet, omissa eius operis mentione. — Quibus exemplis etiam pr. I. 1, 4 addendum foret, si revera, uti nunc Lenelius proponit [Palingenesia, 652] pro 'Marcello' 'Marcianus' legi oporteret. Id tamen non esse concedendum infra pluribus argumentis apparebit.

Auctoris nomen, qui laudatur, interdum ex ipsa iustinianarum constitutionum praeparatione manavit. Eiusmodi exempla in duobus tantum prioribus libris occurrunt: omniaque ad eas constitutiones referuntur, quae post veterem iustinianum codicem promulgatum latae sunt. Ut ecce: 1, 11, 12 „apud Catonem bene scriptum refert antiquitas — — unde et nos eruditi in nostra constitutione cet.“ [cfr. Cod. 7, 6, 1 § 10 anni 531] || „secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata“ 2, 5, 5 [cfr. Cod. 3, 33, 13 anni 530] || 2, 14 pr.“ quod non per innovationem induximus, sed quoniam — Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert“ [1]). Qui auctores in ipsis constitutionibus, quales nunc nobis prostant, sane non laudantur; probabilius autem in Triboniani relatione ad principem facta continebantur unde non temere quis coniecerit ipsum Tribonianum eiusmodi notitias conlegae suo [Theophilo, ut videtur] comparasse.

[1]) C. 6, 27, 5. — a. 531.

Meminisse etiam iuvabit in prioribus duobus libris saepe Tribonianum laudari, id quod in posterioribus nunquam fit; patet ergo inter sacri palatis quaestorem eumque, qui duos priores libros confecit, aut necessitudinem aut singularem quandam amicitiam extitisse. — Exemplis, quae attulimus, hoc quoque addendum est, quamvis Iustiniana constitutio hodie non extet, Inst. 2, 23, 7: „quia — et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat — — ideo — (nobis) placuit etc.". — Contra nil similis offerunt duo libri posteriores.

Omnia igitur exempla auctorum a iustinianis laudatorum ad haec duo genera rediguntur, quorum alterum duorum librorum priorum, alterum duorum posteriorum proprium est. Cetera exempla, ad quae nunc pergimus, non ipsis iustinianis debentur, sed potius veteribus iurisconsultis, ex quibus isti textum suum hauserunt.

Sed hic quoque novam inter priorem alteramque Institutionum partem differentiam inveniemus. Et quamvis hunc tractatum iam breviter alia commentatione executus sim, nunc diligentius res dispicienda est.

Is, qui duos priores libros composuit, plerumque nomina auctorum in libris ab ipso excerptis laudatorum retinuit; contra alter Institutionum compilator ea saepenumero describere neglexit. — Id ex locis in Digestis servatis potissimum apparet. Raro evenit, ut nomen auctoris in Digestis laudati in duobus prioribus Institutionum libris quoque non occurrat (e. gr. I. 2, 1, 13 = Dig. 41, 1, 5 § 1 ex G. 2 rer. cott.); contra fit, ut nonnunquam in his libris nomen servatum sit, quod in Digestis non invenitur. Ut ecce: I. 1, 4 pr. et Marcellus probat: Dig. 1, 5, 5, 2 'rectius probatum est' || I. 2, 1, 8 'etiam diruto aedificio adhuc (locus) sacer manet, ut et Papinianus scripsit': postrema verba omittunt Dig. 1, 8, 6 § 3. || I. 2, 1, 20 'teneri eum Iulianus scripsit' = Dig. 30, 112 § 1 'tenetur heres'. —

Nil vero eiusmodi in duobus libris posterioribus occurrit. — Quod ad primum, quem attuli, locum perperam censent

aliqui pro 'Marcello' 'Marcianus' legendum esse. Nunquam enim solet auctor duorum priorum librorum scriptores laudare, unde ipse verba haurit; id fit interdum a ceterorum librorum auctore, sed plane altera forma, uti vidimus. Accedit quod verba, quae nunc in Digestis l. l. inveniuntur, scilicet „et tamen *rectius* probatum est" vix veteri iurisconsulto tribui posse videntur, cum iustinianorum stylum valde oleant. — Marcellus autem saepius a Marciano laudatur, cfr. D. 30, 113 pr. || 30, 116 § 3 || ib. §§ 3—4 || ib. § 16 || 25, 7, 3, 1 [1]). — „*ὁ Μάρκελλος*" in libris manu scriptis graecarum institutionum non legitur [2]).

Contra, uti l. l. ostendi, posteriorum librorum auctor iurisconsultorum nomina tunc etiam omittit, cum ea Digesta servent. — Unde facile intellegi potest, cur tam rarius occurrant in duobus posterioribus libris veterum prudentium nomina.

Restat, ut videamus ex quibus demum auctoribus eiusmodi prudentium laudationes in Institutionum textum defluxerint. In hac vero inquisitione ita procedam, ut locos ex gaianis institutionibus sumptos, vel qui etiam in Digestis occurrant, prorsus omittam; ad ceteros vero quod attinet, demonstrare conabor, unde iustiniani textum suum hauserint. Erit igitur quodammodo eius rationis specimen, qua ni fallor universi Institutionum corporis fontes facile deprehendi poterunt.

Illud ante omnia teneamus necesse est, iustinianos Institutionum corpus ex Digestis principumque constitutionibus, ex Gaii institutionum atque rerum cottidianarum commentariis, ex Ulpiani Florentini Marciani institutionibus composuisse [3]). —

---

[1]) Hic locos tantum ex Marciani Institutionibus congessi. Nam in ceteris quoque libris Marcellus a Marciano saepissime laudatur, ut quisque facile videre potest. — [2]) Nomen enim excidit, ita ut verbum '*φησὶν*' subiecto careat. Fabrotus legit „*ὁ Μαρκιανὸς*", scilicet ex sua coniectura: cfr. editio mea in h. l. — [3]) Pluribus hunc tractatum executus sum commentatione quae inscribitur „Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni". Ibi de quibusdam aliis fontibus rarissime adhibitis mentionem feci.

Ulpianus in suis Institutionibus nullum auctorem laudasse videtur[1]); hunc autem morem etiam in libro singulari Regularum retinuit, si cassianorum proculianorumque mentionem 11, 28 excipias. Unde sequitur valde dubium esse quod Huschkius proposuit, scilicet l. l. legendum esse „Prisco" pro nota prisq. — Mauricianum autem (13, 1) senatusconsultum, non prudentem esse (quod etiam Lenel admittit (Paling. I 691), verisimilius est; cfr. Huschkius ad h. l. Ceterum in eius, quae extant, Institutionum fragmentis atque in his iustinianarum institutionum partibus, quae a Bremero Kruegeroque ei adscribuntur, nulla iurisconsultorum mentio invenitur. Patet ergo eos locos, in quibus aliqua prudentium laudatio occurrit, eius Institutionibus non esse temere adscribendos. —

Eadem fere de Florentini Institutionibus dicenda videntur. Una enim tantum in omnibus eius fragmentis Trebatii laudatio occurrit (qui tamen potius in Pii constitutione citatus fuisse videtur) [D. 41, 1, 16]; nam quod ait, stipulationem, quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio compositam esse in hanc speciem prorsus non cadit [D. 46, 4, 18, 1]. De iis enim iurisconsultorum mentionibus loquimur, quae ideo fiunt, ut eorum auctoritas aliquam tueatur sententiam.

Contra iurisconsultorum nomina passim laudantur tam in Marciani Institutionibus, quam in Gaii rebus cottidianis. Est tamen aliqua in ratione, qua uterque auctores suos adferre consuevit, differentia. — Ne illud moneam plures a Marciano scriptores laudari, quae post Gaii obitum demum floruerunt, non est tacendum multo crebriores esse apud Marcianum eiusmodi auctorum laudationes. — Gaius enim in iis fragmentis rerum cottidianarum, quae in Digestis servantur, bis diversarum scholarum praecipuos auctores attulit (D. 17, 1, 4 — 41, 1, 7, 7); semel Trebatium, cui plerorumque sententiam opponit, semel denique Iulianum. — Marcianus autem saepius iuris auctores tam antiquos (Tre-

---

[1]) Si excipias illud „ut eleganter Celsus definit" [D. 1, 1, 1 pr.]. Sed non ideo Celsus laudatur, ut sententia quaedam eius auctoritate confirmetur.



batium Labeonem Cassium), quam recentiores (Aristonem Celsum Sabinianos Pomponium Ceruidium Scaevolam Marcellum Papinianum) in Institutionibus suis testes adduxit. — Aristonem autem, Celsum et Pomponium[1]) nunquam a Gaio in operibus suis laudatos esse constat.

Quibus perspectis, necnon quibusdam styli cuiusque scriptoris proprietatibus, illuc deveniemus ut singularum auctorum mentionum, quae in Institutionibus occurrunt, fontem ostendamus. Locos igitur ex Institutionibus sumptos, ubi aliqua veterum iurisconsultorum mentio occurrit, qui neque in Digestis neque in gaianis institutionibus nobis sint servati, secundum librorum ordinem huc adducam et de eorum origine quaedam breviter proponam.

Ex libro I°:.

— 10 § 9: 'Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait' — Huiusmodi Iuliani laudatio (cfr. ea quae supra monuimus) tam Gai rerum cottidianarum commentariis, quam Marciani Institutionibus tribui posset. Plura tamen suppetunt argumenta, quae Gaium ostendant auctorem. Vix enim alicui dubium esse potest §§ 3—10 h. t., atque § 12 ex uno scriptore esse haustas. Hunc autem scriptorem Gaium esse inde evincitur, quod in §§ 3. 6. 7. 9 pronomen 'tu' usurpatur; id vero in rerum cottidianarum libris frequenter occurrit (D. 41, 1, 7, 2 — ib. § 7 — ib. fr. 9 § 1. § 5. — D. 7, 1, 2 pr. seqq.), sicuti in gaianis Institutionibus; sed nusquam in Institutionibus Marciani. Dixerit tamen aliquis fieri potuisse, ut in opere genuino primae personae pronomen 'ego' usurparetur, idque a compilatoribus esse mutatum. Sed hoc quoque pronomen rarissime in Marciani Institutionibus occurrit, nunquam vero in locis, ubi de nuptiis tractatur; immo in huius operis fragmentis, quae non adeo pauca neque exigua in Digestis servata sunt, id bis tantum invenitur (D. 7, 1, 38 — 46, 3, 40). — Dicendi quoque ratio Gaium omnino redolet; conferantur autem §§ 61—64 libri I[i] Gai Institutionum, ubi

---

[1]) De Sexto, qui Inst. 2, 218 citatur, cfr. nunc Lenel Paling. II: 1229.

saepius eadem sententia deprehenditur. Inde facile explicari potest, cur § 12 partim cum Gai. 1, 64 verbo tenus conveniat; id autem inter Institutionum aureorumque commentarios non raro evenit.

— 25 § 2 'ut Papinianus responsorum libro V° rescripsit'. — Haec Papiniani laudatio nonnisi Marciano tribui potest, ut ex his quae supra diximus conicitur. Accedit solum Marcianum inter omnes institutionum auctores ita iurisconsultos interdum laudare, ut non modo eorum nomina, sed etiam operis titulum librique numerum afferat[1]). Immo totum hunc titulum vel fere ex Marciani Institutionibus esse sumptum vel ex locis probatur, qui cum servatis Marciani fragmentis verbo tenus conveniunt, cfr. § 4 = D. 27, 1, 21 pr. — § 16 = fr. 21 § 1. 2. — Patet nempe pleraque in Digestis omissa fuisse. Huc pertinet et Scaevolae laudatio, quae in § 16 invenitur: „ut Scaevola dicebat", quaeque nonnisi Marciano tribui potest. (Locus deest in Digestis). —

— 26 § 4 'ut et Iulianus scripsit
§ 5 'idem Iulianus scripsit
§ 7 'ut Papiniano visum est

Tres hae citationes Marciano acceptae sunt ferendae. Omnimodo enim credibile videtur, ut §§ 4—10 huius tituli[2]) uno eidemque auctori sint referendae, Papiniani autem laudatio nonnisi Marciano convenit. Quod ad eius formam cfr. Marc. 3 inst. D. 41, 1, 11 „ut Sabinianis visum est". — Huc accedit hunc laudandi modum „Iul. scripsit" a gaiano stylo fere alienum esse. Bis enim tantum in omnibus Gai operibus, quae aetatem tulerunt, verbum scribendi hac significatione usurpatur, h. e. lib. de casibus [D. 38, 1, 49]

---

[1]) D. 30, 113, 5 'Papinianus libro III° responsorum scribit' — 30, 114, 3 'apud Marcellum libro XXII Digestorum' [Inst. libr. 7. 8]. 'et Marcellus libro VII° Digestorum scripsit' [12 inst. D. 25, 7, 3 § 1]: 'scribit Celsus libro XX° dig.' [8 inst. 36, 1, 34]. — [2]) Modestinus D. 27, 1, 13, 1 post Ceruidium Scaevolam etiam Paulum et Ulpianum affert; de Marciano autem tacet. Nunquam vero laudatur Marcianus a Modestino. — [3]) Priora et extrema tituli commata ex Digestis sumpta sunt; cfr. quae disputavimus in commentatione „Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni".

et 31 ad ed. prov. [D. 21, 1, 20][1]); ceterum longe aliae φράσεις adhibentur, inter quas frequentissimae sunt 'putat' 'placet' seu 'placuit' 'ait'. — „Alicui placere" legitur apud Gaium saltem vicies; „aliquis putat" fere toties; „aliquis ait" in undecim saltem locis. — Contra hic laudandi modus: „aliquis scripsit" Marciano in deliciis fuisse videtur; exempla afferam plura ex solis Institutionibus deprompta: 7 inst. 'et Papinianus scribit' D. 28, 7, 18 || ib. 'Papinianus libro tertio responsorum scribit' D. 30, 113, 3 || ib. 'Labeo scripsit' D. 32, 65 pr. || ib. 'Celsus scripsit' l. l. § 3. || ib. 'Cassius scripsit' l. l. § 3 || 8 inst. 'Papirius Fronto scribit' D. 30, 114 7 || 12 inst. 'et Marcellus — scripsit' D. 25, 7, 3 § 1. —

Ex libro II°:

— 1 § 8 'ut et Papinianus scripsit': Hanc Papiniani laudationem Marciano pertinere (id quod ex rebus supra tractatis iam per se liquet) supra aliis quoque argumentis ostendimus.

— 1 § 38 'ut et Iuliano visum est'. Locus Gaio est tribuendus; totum enim comma §§ 35—38 ex rerum cottidianarum commentariis (cfr. § 37 = D. 22, 1, 28) petitum esse pro certo habendum esse videtur, cfr. etiam quae monui in commentatione 'Intorno ai passi comuni etc.' versus finem. Haec autem laudandi ratio etiam alibi apud Gaium deprehenditur; cfr. Inst. Gai. 3, 133 'Sabino autem et Cassio visum est'.

— 6 § 9 'Papinianus scripsit'. — Necesse est de Marciano cogitemus, cui § 8—10 et § 13 h. t. adscribendae sunt ut vel ex divorum Severi et Antonini constitutionibus, quae ibi laudantur, abunde patet. Sed de hoc pluribus infra. —

— 10 § 5 'secundum quod Pomponio visum est': Marciano quoque videtur tribuenda haec laudatio, cui totum hoc comma §§ 5—7 vix abiudicari potest. — Id melius inferius apparebit. — Iam vidimus Pomponium nunquam a Gaio laudari.

---

[1]) Adeo ut interpolationis suspicio non admodum remota esse videatur.

— 20 § 9 Iulianus ait: tam Gaio quam Marciano tribui haec laudatio potest.

§ 12 'Celsus existimat': de Marciano est cogitandum, neque enim Celsus a Gaio solet laudari (cfr. autem Marc. 7 inst. D. 32, 65, 3 „Celsus scripsit"; id. 8 inst. 36, 1, 34 „scribit Celsus libro vicensimo digestorum"), neque Gaio locum tribui permittunt Severi et Antonini constitutiones, quae adferuntur.

§ 14 'Papinianus scripsit': cfr. supra.

§ 16 'Iulianus scripsit'. Locum iam attulimus. Marciano eum tribuendum esse vel ex Dig. 30, 112 § 1, ubi tamen plura omissa sunt et Iuliani mentio excidit.

§ 18. 20 'Iulianus ait': hae omnia videntur Gai esse, quamvis posterior §[i] 20. pars Marciano sit vindicanda. Quod ad § 36 attinet, item de Gaio cogitandum esse videtur.

— 25 § 1 'Papinianus ait': hae §§[i] ex Marciano sumptae esse videntur (multis tamen omissis): cfr. § 2 fin. § 3 = D. 29, 7, 6 pr. § 1. —

Ex libro III°:

8 § 2 'quod et Iuliano et aliis plerisque visum est': Totus hic titulus ex Gai rer. cott. commentariis haustus est, ut nemini dubium esse potest, qui Gai scribendi modum vel modice novit. — Dictiones huiusmodi „In summa — admonendi sumus", „unde quaerebatur — sed placuit" Gaium omnino redolent, neque apud ceteros iurisconsultos usquam inveniuntur.

— 25 § 2 'Quintus Mucius — existimavit': Servius Sulpicius — contra sensit': Ex ipso laudandi modo patet Gaium auctorem esse; haec autem ex ipsius rerum cottidianarum commentariis esse deprompta vel ex concordantia manifestum est, quae inter hunc locum et eius Inst. 3, 149 intercedit. —

— 26 § 6 'optinuit Sabini sententia': Gai. cfr. I. 3, 156.

— 26 § 8 'Sabino et Cassio placuit': 'diversae scholae auctores — existimant': ex Gai reb. cott., qui scholarum controversias semper exposuit. Pleniores igitur fuerunt hic res cottidianae, quam Inst. 3, 161, ubi Sabinus quidem

et Cassius laudantur, sed scholarum dissensionem hac de re fuisse non traditur[1]).

Unde non solum patet duoviros Institutionibus componendis in veteribus libris excerpendis diversam rationem secutos esse; sed etiam intellegimus quantum ad Institutionum originem inquirendam eiusmodi studia prodesse possint.

III.

De principum constitutionibus, quae in Institutionibus laudantur.

De illis tantum constitutionibus nobis tractandum est, quae veteribus iurisconsultis, unde Institutionum textus haustus est, notae esse potuerunt. Nam quae christianorum principum et praecipue ipsius Iustiniani constitutiones laudantur, patet ad rem nostram prorsus non pertinere.

Haec autem ante omnia tenere oportet:

I. Principum constitutiones rarissime in Florentini Institutionum fragmentis laudantur h. e. D. 29, 1, 24 'divus Traianus — ita rescripsit' et D. 41, 1, 16 'divus Pius constituit'.

II. In Ulpiani Institutionum reliquiis semel tantum legitur [Coll. 16, 9 § 3]: „imperator noster — tribuit". Intellege Antoninum Caracallam [cfr. Dio 77, 9, 4 = Krueger Quellengesch. 222, Lenel Paling. II 926].

III. In Gai rerum cottidianarum fragmentis, quae in Digestis leguntur, nulla prorsus constitutio laudatur.

IV. Contra Marcianus in Institutionibus suis, sicuti in omnibus, quae scripsit, operibus infinitas paene constitutiones laudare solet, ita ut vix fragmentum eius invenies, quin eiusmodi citationibus sit refertum.

Unde recte demum explicari poterit, cur tam saepe in libris I° et II° iustinianarum institutionum principum consti-

---

[1]) In libro IIII° duae tantum eiusmodi citationes reperiuntur [cfr. supra]; quae tamen certum habent auctorem, ideoque supervacuum est de isdem tractare.

tutiones et praesertim rescripta referantur, in duobus autem posterioribus libris fere nullae. Nam Marciani Institutiones, quibus duorum priorum librorum auctor abunde est usus, vix ab illo qui duos posteriores libros composuit adhiberi potuerunt, cum in istis libris potissimum de obligationibus et actionibus sermo sit, quarum tractatus (sicuti iam exploratum est [1])) in Marciani Institutionibus desiderabatur. Fons igitur, unde de principum constitutionibus tam copiosa manabat notitia, in hos libros vix quosdam rivulos emittere potuit.

Inter constitutiones, quae in Institutionibus citantur, complures sunt divorum Severi et Antonini. Harum constitutionum notitia nonnisi Marciano tribui potest, utpote qui post Antoninum imperatorem omnia sua opera composuerit [Lenel Pal. I 639 cf. Krueger l. l. 225]. Ulpianus autem imperante Caracalla Institutiones suas composuit neque igitur eiusmodi citationibus in iisdem uti potuit. De Gaio et Florentino nemo cogitabit, cum neuter ultra Commodi tempora vixisse, aut certe scripsisse videatur [2]). Loci autem Institutionum, in quibus divorum Severi et Antonini constitutiones referuntur, haud raro etiam illorum scriptorum citationes continent, quae, secundum ea quae superius monuimus, Marciano acceptae ferendae sunt.

Monendum item est quarundam veterum principum constitutionum notitiam compilatores ex Iustiniani legibus hausisse. Ut ecce: quae de Gordiani beneficio in I. 2, 19, 6 traduntur ex Iustiniani constitutione ad Senatum deprompta sunt, quae nunc in Cod. 6, 30, 22 legitur [a. 531]. — Ea enim ipsa constitutio ibid. laudatur. — Ex alia Iustiniani constitutione eodem anno (et igitur post priorem codicem promulgatum) lata, quae nunc in C. 7, 6, 1 reperitur, tracta sunt ea, quae de divi Traiani edicto leguntur in I. 3, 7, 4.

Loci omnes, in quibus constitutiones laudantur in I. 1,

---

[1]) Nullum in Marciani Institutionibus de obligationibus sermonem factum esse recte monuit Kruegerus Quellen, 225; cfr. Lenelius in Paling. I 652. — [2]) De Florentino cfr. Kruegerus l. l. 193, n. 16.



25 [§§ 1. 3. 6. 8. 10. 18. 19], Marciani sunt[1]. Nam in plerisque divorum Severi et Antonini rescripta laudantur, ceteri ex eodem fonte manasse videntur. Id autem vel ex ipsa constitutionum copia, quae adferuntur, conici potest. — Item Marciano tribuendae sunt §ⁱ 3. 4. 9 in titulo XXVI° eiusdem libri.

Item Marciano pertinent in libro II°: §§ⁱ 9. 13 tituli VIⁱ (fortasse et § 14): § 7 tituli Xⁱ; § 3 tituli XVⁱ et igitur etiam § 2 ibidem (fortasse et § 4); §§ⁱ 7—8 tituli XVIIⁱ; §§ⁱ 5. 12. 15. 20 tituli XXⁱ [de § 4 vide supra].

X.

Das Recht der Superficies.[2]

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Adolf Schmidt**
in Leipzig.

Superficium[3] und superficies sind zwei Formen desselben Wortes[4]. Zusammengesetzt aus „super“ und „facere“ „ficere“ (wie sacrificium, aedificium, beneficium u. s. w.) bedeutet es „was an der Sache zu oberst gemacht ist“, den obersten

---

[1] Inter hos locos plures iam supra propter alia argumenta Marciano vindicavimus. Patebit igitur, quam tuta sit haec methodus fontium inquirendarum, cum omnes semitae eodem conveniant.

[2] U. M. Niegelowski, De iure superficiario, Bonnae 1845 (Die Dissertation eines talentvollen Anfängers). C. G. von Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht; erste Ausgabe, 1866—1868. H. Degenkolb, Das Platzrecht und die Miethe, 1867. Zweite Ausgabe der Wächterschen Abhandlung: 1868. — [3] Die Form „superficium“ findet sich in der lex agraria a. 643 u. 92; in dem vor 767 entstandenen menologium rusticum uallense (Mommsen, inscript. lat. p. 358) „uinearum superficium colitur“. Sie hat sich ferner in der Florentina der Pandekten erhalten: Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): superficium aedificii; Fr. 39 de legatis II (Iauolenus): et solum et superficium; in Fr. 1 § 1

Theil der Sache[1]). Dabei ist es gleichgiltig, ob die Sache unbeweglich sei oder beweglich[2]). Infolge der Relativität des Begriffs gelangt man ferner zu verschiedenem Ergebniss, je nachdem man den Gegenstand der Vergleichung wählt. So gilt bei dem Haus als solchem, d. h. wenn man vom Boden absieht, das Dach als seine superficies, bei dem Baum als solchem sein Gipfel[3]). Bei unbeweglichen Dingen wird jedoch gewöhnlich die superficies im Zusammenhang mit und im Gegensatz zum Boden aufgefasst, und zwar wird dabei überall feste Verbindung vorausgesetzt[4]). Superficies in diesem Sinne ist die Gesammtheit dessen, was, über den Boden hervorragend, mit demselben in festem Zusammenhang steht; sodass alles hierher gehört, was dieser Definition sich fügt: das ganze Gebäude ohne den Boden[5]), in gleicher Beschränkung

---

de superficiebus bedient sich Ulpian der Worte superficium und superficies nebeneinander. [Auch superficiaria findet sich als absoluter Plural: Fr. 13 de pignoribus; Fr. 49 de uerborum significatione]. — [4]) a) Bei den in „ies“ auslautenden Worten ist die gewöhnliche Nebenform „ia“: so bei luxuries, materies, mollities, pigrities. b) Zuweilen findet sich die Nebenform „io“: so bei diluuies, eluuies. c) Zuweilen gesellt sich als dritte Form dazu „ium“: so diluuium. d) Neben superficies findet sich nur superficium (neben eluuies nur eluuio.) e) Die Form „ium“ ist die seltenere [abluuium erklärt Gellius 16, 7, 2 für eine Erfindung des Laberius] und überhaupt die ältere, deshalb allmälig zurücktretend.

[1]) Forcellini erläutert superficies durch „quidquid est super faciem terrae“. a) Schon terrae ist unhaltbar, denn darin liegt eine Beschränkung, über welche das Wort hinausgeht (nächste Anm.). b) Die Ableitung von facies verträgt sich nicht mit der Form superficium; facies und ficies sind vielmehr gleichwerthige Formen, die erste von facere, die zweite von ficere hergeleitet. — [2]) Superficies heisst z. B. die obere Schale einer Schildkröte, der oberste Theil eines Leuchters, die obere Fläche eines Edelsteins: Plinius, hist. nat. 6, 22, 4; 34, 3, 6; 37, 6, 23. — [3]) Plinius 34, 3, 7; 17, 4, 24; 19, 30, 7; 13, 8, 16. — [4]) Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 1 § 4 de superficiebus (Ulpianus). — Das auf den Boden ohne feste Verbindung Gestellte ist niemals zu demselben gehörige superficies: Fr. 60 de adquirendo dominio (Scaeuola); der abgehauene Baum ist es nicht mehr. Weil in Fr. 3 § 5 uti possidetis die proiectio supra uicini solum als superficies bezeichnet wird, deshalb glaubt Wächter, S. 54, an dieser Stelle einen abusiven Sprachgebrauch annehmen zu müssen: allein die fragliche proiectio ist integrirender Theil des Nachbarhauses. — [5]) Gaius 2, 73; Fr. 2 de superficiebus u. s. w.

der Baum[1]), der Weinstock[2]), die Pflanze[3]) und offenbar auch die einzelne Mauer, ohne dass wir dafür eines besonderen Beweises bedürften[4]). Diese Dinge sind, wie gesagt, superficies nur insoweit, als sie aus dem Boden hervortreten; so der Baum mit Ausschluss der in der Erde verborgenen Wurzeln[5]), das Haus im Gegensatz zum Boden[6]). Daraus folgt, dass, anders als man hat annehmen wollen[7]), der Keller niemals als superficies hat bezeichnet werden können.

Die Worte „aedes, aedificium, insula, domus" bezeichnen das Gebäude mit dem Boden[8]). Durch den Zusatz „superficiariae aedes, superficiaria insula" erfolgt Beschränkung auf das Gebäude[9]).

Das einzelne Stockwerk ist, im Zusammenhang mit dem Boden gedacht, pars superficiei. Sieht man von dem Boden ab, so ist das oberste Stockwerk superficies superficiariae insulae; das unterste wird man dagegen von diesem Standpunkte aus niemals als superficies bezeichnen können.

---

[1]) Columella 4, 11; Plinius 16, 31, 54. — [2]) Fr. 13 pr. de seruitutibus praediorum rusticorum. — [3]) Gaius 2, 73. 74; Gaius Uisig. 2, 1, 14. — [4]) Wächter, S. 52, beruft sich hierfür auf Fr. 17 communia praediorum, wo zwar steht, dass die Mauer zum Grundstück gehöre, nicht aber, dass sie superficies sei. — [5]) Plinius, 36, 31, 56, erkennt bei dem Baum in der Wurzel den Gegensatz zur superficies. — [6]) Cicero (ad Atticum 4, 1, 7; vgl. 4, 2, 5) setzt dem Gebäude als superficies die area entgegen. In den Pandekten hat jene wiederholt das solum zum Gegensatz: Fr. 31 de legatis I; Fr. 6 de seruitutibus; Fr. 9 § 1 de damno infecto; Fr. 23 pr. de usurpationibus. — [7]) Wächter S. 53. — [8]) a) Aedes: Fr. 23 pr. cit. (Iauolenus) — utputa cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie —. Ebenso in dem interdictum Uti possidetis; denn man kann das Haus nicht ohne den Boden besitzen. b) Aedificium: Fr. 20 § 2 de seruitutibus praediorum urbanorum (Paulus): — quamuis area pars sit aedificii — [nicht widersprechend Fr. 81 § 3 in Anm. 3]. c) Insula: Fr. 53 de usufructu (Iauolenus): Si cui insulae usus fructus legatus est, quamdiu quaelibet portio insulae remanet, totius soli usum fructum retinet. d) Ebenso besteht domus aus area und superficies: Cicero ad Atticum 4, 1, 7. — [9]) Fr. 2 de superficiebus (Gaius); Fr. 12 de publiciana (Paulus); Fr. 9 § 2 (Ulpianus); Fr. 39 § 2 (Pomponius) de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui (Ulpianus).

I.

Ciuile ius.[1])

I. Die römischen Juristen haben — wie es scheint unter der Führung von Servius — folgende Rechtsregel aufgestellt:

> Diejenige Sache, welche mit einer anderen derart in feste Verbindung kommt, dass sie, ihre Selbstständigkeit verlierend, integrirender Theil der anderen wird, geht auch dem Rechte nach in der anderen auf[2]).

Die Regel wird als dem naturale ius entstammend aufgefasst und durch das ciuile ius anerkannt[3]). Für Grundstücke ist sie in dem Satz zum Ausdruck gelangt: „superficies cedit solo"[4]), wo superficies im weiteren Sinne verstanden wird, so dass namentlich zwei Fälle sich unterordnen: das Eingepflanzte oder Eingesäete[5]) und das Eingebaute[6]).

Da es sich um ein formales Princip handelt[7]), so ist es gleichgiltig, in wessen Eigenthum sich das Material vor dem Einbau befand[8]). Der Eigenthümer des Bodens kann, auch wenn fremdes Material eingebaut wurde, dem Recht gemäss sagen „aedes suas esse", kann also vindiciren, ohne den Vor-

---

[1]) Vgl. Wächter a. a. O. § 1. — [2]) Paulus in Fr. 26 de adquirendo rerum dominio führt die Regel „in quibus propria qualitas spectaretur [Flor. exspectaretur], si quid additum erit toti cedit [die Ausdrucksweise erscheint unbeholfen; vermuthlich ist sie verstümmelt] mit der bekannten Formel ein „hoc iure nos uti" und citirt die Auctoritäten von Seruius, Labeo und Proculus. Er bezieht den Satz gleichmässig auf bewegliche und unbewegliche Sachen. Unter „additum esse" wird die feste Verbindung verstanden: daher das Erforderniss des Festwachsens bei den Pflanzen. — [3]) Gaius 2, 73; Fr. 2 de superficiebus (Gaius); Fr. 50 ad legem aquiliam (Ulpianus). — [4]) Gaius l. c.; Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus); in Fr. 98 § 9 de solutionibus fasst sie Paulus in die Worte „areae superficiem cedere". — [5]) Fr. 7 § 13 (Gaius), Fr. 9 pr. (Gaius), Fr. 26 § 2 de a. r. d. — [6]) Fr. 7 § 10 eod. tit. (Gaius): „omne quod inaedificatur, solo cedit"; § 12 eod. l. „illius fit aedificium, cuius et solum est", Fr. 27 § 9 (Papinianus) „aedificium soli conditionem sequitur"; cfr. C. 2 de rei uind. — [7]) Fr. 23 § 4 de rei uindicatione (Paulus): „In omnibus igitur istis causis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit"; ferner heisst es hier von dem einer Statue angeschweissten Arm „bracchium unitate maioris partis consumi", Fr. 69 eod. tit. (Iulianus) „eorundem aedificiorum esse". — [8]) Fr. 7 § 10. 12 de a. r. d.

wurf der plus petitio fürchten zu müssen[1]). Dagegen ist dem ursprünglichen Eigenthümer des Materials consequenterweise die rei vindicatio zur Zeit[2]) versagt[3]).

Aus dem Princip folgt, dass der Eigenthümer durch

[1]) a) Er ist Eigenthümer des Hauses: Gaius 2, 73; Fr. 69 de rei uindicatione (Iulianus); Fr. 7 § 10. 12 cit. (Gaius); C. 2 cit. (Antoninus). b) Er kann das Haus vindiciren: Fr. 23 § 2. 4. 7 de rei uindicatione (Paulus); Fr. 98 § 8 de solutionibus (Paulus). — [2]) Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius): „sed tantisper uindicare non poterit". — [3]) Wenn dagegen die eingefügte Sache durch Ablösung vom Haus vollständig in ihrer alten Gestalt [bei dem im Boden festgewurzelten Baum, desgleichen bei der ferruminatio ist das nicht möglich] als selbstständige wieder zur Erscheinung kommt, so tritt das ursprüngliche Eigenthum wieder hervor, die rei uindicatio bringend: Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius); Fr. 23 § 7 de r. u. (Paulus); C. 2. eod. tit. (Antoninus). Wie ist das aufzufassen? a) Gaius erklärt einfach: durch den Einbau in das fremde Haus ist das bisherige Eigenthum am Material nicht untergegangen, nur kann es zur Zeit nicht ausgeübt werden, des thatsächlichen Hindernisses wegen: daher tritt es sofort wieder in Wirksamkeit mit Beseitigung des letzteren. b) Andere römische Juristen drücken sich, ohne auf die Sache näher einzugehen, dahin aus, dass nach der Trennung das Eigenthum zu dem früheren Herrn der Sache zurückkehre: so Paulus in Fr. 23 § 7 cit. „prior dominus uindicabit, Iulianus in Fr. 59 de rei uindicatione „simulatque dempta essent, continuo in pristinam causam reuerti" und selbst Kaiser Antoninus in C. 2 sagt von unserem Fall „ad pristinum dominum reuerti". c) Hat man aus diesen Stellen auf eine Meinungsverschiedenheit zwischen Gaius und den andern zu schliessen? Man hat bekanntlich von manchen Seiten geglaubt, das zu müssen. Aber die römischen Juristen sprechen nirgends von einer solchen; auch ist es wenig wahrscheinlich, dass man von dieser Seite geneigt gewesen sei, einen nutzlosen Verlust und einen ipso iure erfolgenden, nutzlosen Wiedererwerb des Eigenthums anzunehmen. Ich meine, es liege nichts vor als eine naheliegende Ungenauigkeit des Ausdrucks. Einer solchen machen sich die römischen Juristen, die ja keine Gesetzbücher schreiben, ebenso häufig schuldig wie unsere heutigen. So Ulpian, wenn er in seiner bekannten Definition die Novation bezeichnet als „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio" und, vielleicht unwillkürlich sich selbst corrigirend, sofort hinzufügt „ita ut prior primatur"; so derselbe Ulpian, wenn er von der Correalobligation in Fr. 3 § 1 de duobus reis sagt „cum una sit obligatio", während er von demselben Fall in Fr. 5 de fideiussoribus erklärt, es bestehen deren zwei: und es ist dabei an einen Wechsel der Anschauung um so weniger zu denken, als beide Stellen in dem Werk ad Sabinum ziemlich dicht bei einander standen. Vgl. Windscheid, Pandekten I, § 188.

Uebertragung des Bodens die superficies nothwendigerweise mit überträgt, also auch wider seinen Willen [1]).

Weil die Regel „superficies cedit solo" dem naturale ius angehört, deshalb wird sie von den römischen Juristen nicht bloss auf das Eigenthum angewendet, sondern auch auf den Besitz [2]).

Was von dem Eigenthum gilt, das gilt in natürlicher Folge auch von den Servituten. Da nun die superficies untergeht in dem praedium, so kann die servitus praedii urbani nicht an der superficies zustehen ohne den Boden. Damit stimmen die Quellen; denn urbanum praedium ist nach Ulpian gleich aedificium [3]), also gleich dem Gebäude mit dem Boden [4]). Nur scheinbar widerspricht Paulus in Fr. 3 de servitutibus:

> Seruitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt;

denn es ist nicht zu übersehen, dass auch die in superficie consistentes als servitutes praediorum, und mithin als an den Boden gebunden bezeichnet werden. Der Sinn der Stelle ist: ein Theil der Servituten haftet an dem Boden schlechthin; bei dem anderen gilt das zwar ebenfalls, aber nur so lange, als der Boden die superficies hat [5]).

Die Servituten nämlich sind nach der Auffassung des civile ius streng an das Individuum gebundene Rechte. Dem entsprechend gilt die grundlegende Personalservitut des Ususfructs einestheils nur für die bestimmte Person im civilen Sinne — sie erlöscht durch Tod und capitis deminutio —, anderentheils nur für das bestimmte Sachindividuum, sodass

---

[1]) Fr. 44 § 7 de obligationibus et actionibus (Paulus). — [2]) Fr. 3 § 7 uti possidetis. [Auch in dieser Stelle ist nicht zu übersehen, dass „aedes" das Gebäude mit dem Boden bedeutet.] Weil die superficies nicht ohne den Boden besessen werden kann, deshalb kann man sie auch nicht ohne den Boden zu Eigenthum ersitzen: Fr. 26 de usurpationibus et usucapionibus. — [3]) Fr. 198 de uerborum significatione. — [4]) S. 123 Anm. 8. — Daher wird in Fr. 198 cit. der vom Haus umgebene Garten dem praedium urbanum zugerechnet. Von dem ususfructus insulae wird uns in Fr. 53 de usufructu (Iauolenus) gesagt, er hafte am ganzen Boden, so lange auch nur ein kleiner Theil des Hauses steht. — [5]) Verschiedene Auffassungen bei Jhering, Geist des römischen Rechts II, Anm. 357, und bei Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XII, S. 161 ff.

sie untergeht durch rei mutatio[1]). Nicht minder sind die Prädialservituten an das herrschende und an das dienende Sachindividuum gebunden: auch sie erlöschen nach ciuile ius durch rei mutatio[2]). Wenn freilich die alte Sache rechtzeitig wieder zum Vorschein kommt, so ersteht die Servitut ipso iure[3]), dagegen bringt der Wiederaufbau des zerstörten Hauses nicht eandem rem sed aliam. So das civile ius; der Prätor aber unterscheidet. Zwar für die Personalservituten hält auch er an der alten Strenge fest: weil sie in den Gehalt des Eigenthums besonders tief eingreifen, findet er keinen Grund für Begünstigung. Nicht so bei den sachlich ungleich weniger störenden servitutes praediorum: nach der Wiederherstellung giebt er hier unbedenklich utilis actio[4]).

II. Schon nach ciuile ius kann das Genussrecht an der superficies einem anderen zustehen als dem Eigenthümer. Das geschieht nach dem Princip des dinglichen Rechts durch usus-

---

[1]) Fr. 5 § 2 quibus modis usufructus. a) Der usufructus aedium erlöscht mit dem Untergang des Hauses: Fr. 5 § 2. 12 quibus modis. b) Der usufructus areae erlöscht mit der Aufführung eines Hauses auf derselben: Fr. 5 § 3 cit. c) Der usufructus fundi erlöscht nicht durch die Zerstörung einer darauf befindlichen, nebensächlichen uilla; denn der Gegenstand des Usufructs ist derselbe geblieben: Fr. 8 eod. tit. — [2]) a) Wenn das herrschende praedium urbanum seine superficies verliert, so geht die Servitut ciuiliter unter: Fr. 20 § 2 de seruitutibus praediorum urbanorum (Paulus). Daher war es nicht ohne Bedeutung, wenn man die einem Weinberg bestellte Servitut nicht als der superficies zustehend betrachtete. Fr. 13 de seruitutibus praediorum rusticorum (Iauolenus) lautet bei Mommsen: „Certo generi agrorum adquiri seruitus potest, uelut uineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. igitur sublatis uineis seruitus manebit —“. Ich glaube, es sei zu interpungiren: „uelut uineis; quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet, igitur —“. b) Ebenso tritt nach ciuile ius der Untergang der Servitut ein mit Beseitigung des dienenden praedium urbanum: Fr. 31 de seruitutibus praediorum urbanorum (Paulus). — [3]) Das ist möglich bei der area: Pr. 36 pr. de usufructu (Africanus). — [4]) 1. Bei den seruitutes praediorum urbanorum gibt der Prätor utilis actio a) nach Wiederherstellung des dienenden Grundstücks: Fr. 31 pr. de seruitutibus praediorum urbanorum (Paulus); b) nach Wiederaufbau der superficies des herrschenden: Fr. 20 § 2 eod. tit. (Paulus); die Worte „utilitas exigit, ut idem intellegatur“ befürworten offenbar die utilis actio. 2. Bei dem usufructus versagt der Prätor diese utilis actio: Fr. 20 § 2 cit.; Fr. 5 § 2 quibus modis (Ulpianus).

fructus aedium; von dem Eigenthum an dem Grundstück ist das Genussrecht zeitweise abgelöst und auf ein anderes Subject übertragen. Dagegen nach dem Princip der Obligation, insbesondere in Gestalt der locatio conductio aedium, bleibt das Genussrecht im Eigenthum; der Eigenthümer räumt dem andern lediglich in Form der persönlichen Verpflichtung die Befugniss ein, dieses fremde Genussrecht im eigenen Interesse auszuüben.

Folgende, bei der locatio conductio geltende Sätze gehören hierher:

1. Das Recht des conductor besteht darin, dass er von dem locator das „re frui licere“ verlangen kann: das ist die durchaus gewöhnliche Bezeichnung sowohl bei dem Landpacht als bei der Hausmiethe [1]). Wird dem entsprochen, so erhält der conductor die Detention dann, wenn der gemiethete Gegenstand sich dazu eignet. Das ist der Fall bei der Miethe eines praedium, sei es rusticum oder urbanum [2]); das ist nicht der Fall bei der Miethe eines integrirenden Theils, so eines Zimmers, eines Stockwerkes, der superficies ohne den Boden [3]).

---

[1]) „Re frui“ ist der allgemeine Ausdruck bei einer jeden Sachmiethe: C. 6 de locatione et conductione: „rem fruendam alicui locare“; er findet sich für Haus- und Grundstücksmiethe zugleich: Fr. 9 pr. locati conducti; insbesondere bei fundus, ager, locus: Fr. 9 § 1 Fr. 15 § 1. 2. 8, Fr. 24 § 4. 5 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 16 de liberatione legata; Fr. 1 de loco publico fruendo [Quo minus loco publico, quem is cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit]; bei domus, insula: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 9 pr., Fr. 35 pr. locati conducti. Parallelausdruck „uti“: Fr. 27 pr., Fr. 28 pr. eod. tit.; specialisirt „habitare“: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 25 § 1 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 3 § 3 uti possidetis. — [2]) Der conductor (colonus, inquilinus) hat die eigentliche possessio nicht: Fr. 6 § 2 de precario; Fr. 3 § 3. 4. 7 uti possidetis; Fr. 33 § 1 de usurpationibus et usucapionibus. Aber er ist in praedio: Fr. 6 § 2 cit.; possidet domino: Fr. 60 § 1 locati conducti; naturaliter possidet: Fr. 7 § 11 communi diuidundo; endlich in ungenauer Rede heisst es von ihm geradezu „possidet“; Fr. 11 § 3 Fr. 15 § 1 locati conducti; C. 16 eod. tit. — [3]) Fr. 15 § 12 de damno infecto (Ulpianus): „— et extat Sabini sententia, in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat. Cfr. Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus).

2. Weil die conductio ein Recht an der Sache nicht erzeugt, deshalb entscheidet über die Zulässigkeit derselben lediglich die Möglichkeit des „frui". Daher kann den Gegenstand der locatio conductio die superficies bilden ohne den Boden, desgleichen ein Stockwerk, ein einzelnes Zimmer[1]).

3. Weil der Eigenthümer, welcher vermiethet hat, das Nutzungsrecht in seinem Eigenthum behält, deshalb kann er — allerdings nur unter Fortdauer seiner persönlichen Pflicht gegen den conductor — die vermiethete Sache dem dritten zu vollem Eigenthum übertragen.

Weil die aus der locatio conductio hervorgehende Obligation lediglich für die Contrahenten vorhanden ist, deshalb hat sie dem neuen Eigenthümer gegenüber keine Bedeutung[2]).

4. In der Natur des „frui" liegt es, dass der conductor dasselbe nicht bloss in eigener Person vornehmen kann, sondern auch durch einen anderen. Das kann er insbesondere in der Form der ebenfalls nur unter den Contrahenten wirksamen sublocatio[3]).

5. Der in dem „re frui" von einem dritten gestörte conductor hat wider den Störer weder die Contractsklage — denn er hat nicht mit ihm contrahirt —; noch eine dingliche Klage, denn er hat kein dingliches Recht; noch endlich eine Klage wegen Störung im Besitz, denn er ist auch nicht Besitzer. Sein einziger privatrechtlicher Schutz liegt in der actio conducti wider den locator, welcher ihm zu dem „re frui licere" verpflichtet ist[4]).

6. Der Natur des von der bona fides geregelten Contracts entspricht es, wenn wir der Bestimmung begegnen, dass dem Vermiether das Recht der Austreibung dann zusteht,

---

[1]) Fr. 30 locati conducti (Alfenus); Fr. 11 § 5 de pigneratitia actione (Ulpianus). — [2]) Schliesst der Verkäufer mit dem Käufer einen Nebenvertrag des Inhalts, dass dieser den conductor gewähren lasse, so ist der Käufer nicht dem letzteren, sondern nur dem Verkäufer verpflichtet, und zwar ex uendito: Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) locati conducti; C. 9 de locato et conducto (Alexander); Fr. 59 § 1 de usufructu (Paulus); Fr. 13 § 30 de actionibus empti (Ulpianus). — [3]) Dieselbe hat sich aus der Natur des Geschäfts selber entwickelt, sie bedurfte keiner gesetzlichen Sanction. — [4]) Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) locati conducti. Vgl. Fr. 18 § 4 de damno infecto.

wenn der Miether den Miethzins durch lange Zeit schuldig geblieben ist. Unter langer Zeit wird der Ablauf eines biennium continuum verstanden [1]).

7. Die Grenze zwischen locatio conductio und emtio uenditio war zur Zeit der classischen Juristen nicht zweifellos. Gaius [2]) hebt drei Fälle hervor, in welchen der Zweifelsgrund der gleiche ist, nämlich der materiell auf Veräusserung gerichtete Inhalt einer formell abgeschlossenen Location. Hierher gehört der von Gaius an erster Stelle besprochene Fall „veluti si qua res in perpetuum locata sit". Die Frage war: ist in dieser Unvergänglichkeit des auf die Erben und gemäss dem Princip der sublocatio auf die Singularsuccessoren übergehenden [3]) persönlichen Nutzungsrechts eine mindestens partielle Veräusserung der Sache selber zu erkennen oder nicht. Als Beispiel dieses Falles nennt Gaius die Verpachtung städtischer Grundstücke auf so lange Zeit, als der Zins richtig werde bezahlt werden. Unter dieselbe Categorie fällt auch die auf die Dauer zu dem Zweck abgeschlossene Bodenmiethe, damit der Miether darauf ein Haus errichte, und vielleicht haben wir einen Hinweis auf die verschiedene Auffassung dieses Falles von Seiten der römischen Juristen in einer gelegentlichen Aeusserung Ulpians [4]) zu erkennen. Jedenfalls sagt uns Gaius a. a. O., dass sich die überwiegende Zahl der Juristen für die Auffassung als locatio conductio entschieden habe, und in diesem Sinne sind die Pandekten excerpirt.

8. Den Sprachgebrauch anlangend, so ist die gewöhnliche Bezeichnung locatio et conductio, auch mit Weglassung der Copula. Für die Sonderbedeutung der beiden Worte ist zu

---

[1]) Fr. 54 § 1 (Paulus), Fr. 56 (Paulus libro singulari de officio praefecti uigilium) locati conducti. Ueber den Ursprung des Satzes ist mir nichts bekannt; die Inscription der zweiten Stelle scheint auf die Satzung einer Behörde hinzuweisen. — [2]) Gaius 3 § 145—147. — [3]) Gaius gedenkt nur des Uebergangs auf die Erben; dagegen der auf Gaius beruhende § 8 I. de locatione et conductione fügt hinzu „cuiusue conductor heresue eius id praedium uendiderit rel." und gerade in dieser Veräusserungsmöglichkeit erkennt Theophilus die Aehnlichkeit mit dem Kauf. — [4]) In Fr. 1 § 1 de superficiebus schreibt der Jurist: Qui superficiem in alieno solo habet, ciuili actione subnixus est; nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest.



bemerken, dass sie früher unterschiedslos gebraucht wurden[1]): eine Freiheit im Ausdruck, welche noch bei den classischen Juristen sich gelegentlich findet[2]) und woraus sich erklären wird, dass die Willkür des Sprachgebrauchs bei der locatio operis sich in anderer Weise fixirte als bei der locatio rerum et operarum.

II.

Ausgangspunkt der prätorischen Entwickelung.

I. Der erörterte Grundsatz, wonach der Miether, gemäss der persönlichen Natur seines Rechts, nur gegen den Vermiether klagen kann, nicht aber gegen den dritten Störer selber, musste sich in manchen Fällen als eine innerlich nicht gerechtfertigte Einschränkung erweisen. Einmal für den Miether, der dadurch herbeigeführten Abhängigkeit wegen; sodann für den Vermiether selber, weil die Pflicht des Eintretens für einen anderen als eine Last empfunden wurde[3]).

Da das ciuile ius sich selbst zu corrigiren keine Anstalt traf, so war es, wie gewöhnlich, der Prätor, welcher sich zur Abhilfe berufen fühlte. Er that das in der ihm eigenthüm-

---

[1]) Fr. 19, Fr. 20 de actionibus empti. Eine ähnliche Bewandtniss hat es mit dem deutschen Wort „leihen". — [2]) Namentlich Ulpian in Fr. 45 de regulis iuris; Fr. 9 § 3, Fr. 15 § 9 locati et conducti. Es besteht daher kein Grund dafür, dass in Fr. 30 pr. eod. tit. (Alfenus) das Wort „conduxit" in „locauit" umgewandelt werde. — [3]) Auf eine analoge Entwickelung weist das SC. Trebellianum hin, wenn es beginnt: „Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his [Mommsen schiebt ein „eas lites"; einfacher und diplomatisch wahrscheinlicher „ea"] eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam —". Namentlich war es der Staat, welcher sich von derartigen Lasten besonders gern frei machte. Das ist z. B. der Grund, weshalb lediglich wer vom Fiscus eine Erbschaft kauft, als Universalsuccessor behandelt wird: C. 1 de hereditate uendita (Seuerus). Andererseits besteht im vorliegenden Fall ein Unterschied der Behandlung. Durch Anerkennung der Universalsuccession befreit das ciuile ius den bis dahin belasteten heres vollständig. Dagegen wird durch Einführung des prätorischen interdictum de superficie und die sich anschliessende prätorische in rem actio der locator von seinen civilen Verbindlichkeiten nicht befreit: der Prätor will das ciuile ius hier nicht corrigiren, er ergänzt es.

lichen Art, d. h. nicht durch Aufstellung eines gegensätzlichen, allgemeinen Princips, sondern lediglich für zwei besondere Fälle, welche er für vorzugsweise dringliche erachtete und zugleich vollständig übersah. Da nämlich, wo es sich um praedia rustica handelte, führte die Entwickelung von der civilen locatio conductio zu dem prätorischen Rechte an dem ager uectigalis; da, wo praedia urbana in Frage standen, von demselben civilen Rechtsgeschäft zu dem prätorischen Rechte an der superficies.

II. Das letztgenannte Institut hat zu seinem natürlichen Ausgangspunkt den Fall, wo jemand auf dem fremden, zu diesem Zweck gemietheten Grundstück ein Gebäude errichtete. Dass in der That hier der Anfang der Dinge zu suchen sei, dafür zeugt der Umstand, dass dieser Fall zu allen Zeiten als der normale angesehen wurde. Paulus[1]) bezeichnet den superficiarius als denjenigen,

> „qui in conducto solo superficiem imposuit".

Damit stimmt Gaius offenbar überein, wenn er sagt[2]):

> Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt[3]).

Endlich und ganz besonders folgt es daraus, dass das Miethgeld des Superficiars technisch „solarium" genannt wird[4]), also Entgelt für den Genuss[5]) des Bodens[6]).

---

[1]) Fr. 18 § 4 de damno infecto. — [2]) Fr. 2 de superficiebus. — [3]) Dass auch hier der conductor als der Erbauer gedacht sei, folgt aus dem Umstande, dass er als soli conductor betrachtet wird. Dagegen in der Definition, welche in Fr. 74 de rei uindicatione Paulus vom superficiarius gibt, wird die Frage nach dem Erbauer offen gelassen: „Id est qui in alieno superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet". — [4]) Das ist die gewöhnliche Bezeichnung: Fr. 15 qui potiores; Fr. 39 de legatis I; Fr. 2 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 7 § 2 de usufructu [die Florentina hat hier „salarium", aber Ulpian schrieb zuverlässsig „solarium"; cfr. Mommsen ad h. l.]. Ferner findet sich der Ausdruck in der Urkunde des aedificium Puteolanum vom zweiten Jahrhundert n. Chr. bei Bruns-Mommsen p. 284 und in der des Adrastus ebenda p. 284. 285. Vollkommen gleich ist die Bezeichnung als „merces soli": Fr. 17 de pigneratitia actione. Natürlich passt hier auch der allgemeine Name „pensio": Fr. 74 de rei uindicatione; Fr. 39 § 2 de damno infecto; C. 1 de diuersis praediis. Endlich wird das solarium als ein besonderer Fall des uectigal aufgefasst: Fr. 2 § 17 cit. — [5]) Uebrigens ist auch derjenige, der als conductor soli das Haus gebaut

III. Nun wird man allerdings wenig geneigt gewesen sein, Häuser auf fremden Grundstücken zu erbauen unter der Herrschaft des ciuile ius, welches dem Pächter gar kein Recht am Gebäude einräumt. Dennoch gibt es einen Fall, wo einestheils der Boden häufig überhaupt nicht käuflich zu haben ist und wo anderentheils die Gefahr unbilliger Austreibung zurücktritt: so ist es bei den dem Staat oder einer Gemeinde gehörigen Ländereien. Wie es nun bei der Emphyteuse feststeht, dass ihre Anfänge in den Pachtungen von ager publicus zu erkennen seien, so weist auch bei der Superficies die Ueberlieferung auf den analogen Entwickelungsgang hin [1]).

Zwar die Behauptung, dass der älteste hierher gehörige Fall in der lex Icilia de auentino publicando vom Jahre 297 zu erkennen sei [2]), wird heutzutage nur noch wenige Gläubige finden. Wohl aber wird den tabernae, welche das Forum umgaben, ein frühes Beispiel zu entnehmen sein. Denn die um das Jahr 550 d. St. wieder aufgebauten, sogenannten septem seu plebeiae tabernae, welche später quinque tabernae genannt werden, desgleichen die argentariae, standen in öffentlichem Eigenthum, wurden jedoch einzelnen Privatleuten nach den Grundsätzen der Superficies überlassen [3]). Ein sicheres

---

hat, „inquilinus"; denn er bewohnt das einem anderen zugehörige Haus und bezahlt merces: Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. — [6]) Auch Seneca betrachtet diesen Fall als den selbstverständlichen, wenn er in ep. 88 schreibt: „Philosophia nihil ab alio petit, totum opus a solo excitat: mathematica, ut ita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat".

[1]) Vgl. Degenkolb a. a. O. § 17. — [2]) So Puchta, Institutionen § 254, mit Berufung auf Liuius 3, 31 ff., Dionys. 3, 67. Wie in diesem Fall das rechtliche Verhältniss gestaltet war, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls ist im Jahre 297 d. St. an das prätorische Recht der superficies nicht zu denken. — [3]) a) Die ältesten, von Tarquinius Priscus erbauten tabernae standen im Privateigenthum, gleich den Häusern des Forum: Liuius 1, 35; 9, 40; Dionys. 3, 67. b) Ebenso wurden diejenigen tabernae, welche der Censor M. Fuluius im Jahre 575 auf dem forum piscatorium erbaute, an Privatleute verkauft: Liuius 40, 51. c) Anders stand es um die gegen Mitte des sechsten Jahrhunderts von zwei aediles plebis erbauten „septem tabernae", welche nach ihren Erbauern auch „plebeiae" genannt werden und späterhin, offenbar wegen irgend eines öffentlichen Interesses in der Zahl reducirt (vgl. Liu. 39, 44), den Namen „quinque tabernae" führen: Liuius 26, 27;

Beispiel bringt Frontinus[1]), wenn er mittheilt, dass längs der Wasserleitungen eine Reihe von dem Staat zu Zins (uectigal) verpflichteten Häusern auf öffentlichem Boden standen; denn zuverlässig ist es nicht der Staat, der jene als etwaiger Bauspeculant erbaute. Einen anderen ganz sicheren Fall aus dem Jahre 193 nach Christus überliefern die uns erhaltenen, auf den Freigelassenen Adrast bezüglichen Urkunden[2]). Diesem nämlich, der den Posten eines procurator columnae Diui Marci inne hatte, wird in jenen die Erlaubniss ertheilt, auf dem betreffenden öffentlichen Boden ein Wärterhaus zu erbauen gegen Entrichtung eines solarium. Dass es sich dabei keineswegs um ein vereinzeltes Vorkommniss handele, ergibt sich aus den in der Ueberschrift wiederholten Worten der Rationalen „praestaturo secundum exemplum ceterorum solarium".

Wie der Staat, so pflegten auch die Städte nach staatlichem Muster an ihren Grundstücken das Recht der superficies einzuräumen. So hatte, etwa gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, Atimetus von der Stadt Puteoli das Recht erhalten, gegen Entrichtung des üblichen solarium ein Gebäude auf städtischem Boden zu errichten[3]).

Festus s. u. plebeias. — Diese septem tabernae, desgleichen die argentariae, welche man später nouae nennt, bleiben in öffentlichem Eigenthum; das beweist Livius, wenn er nach der Mittheilung, dass die genannten tabernae damals abgebrannt seien, fortfährt: „Comprehensa postea priuata aedificia"; und damit stimmt Livius 27, 11. Die genannten tabernae wurden aller Wahrscheinlichkeit nach sehr bald nach superficiarischem Recht behandelt, so dass von ihnen galt, was Ulpian in Fr. 32 de contrahenda emptione erklärt: Qui tabernas argentarias uel ceteras, quae in solo publico sunt, uendit, non solum sed ius uendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad priuatos pertinet.

[1]) Frontinus, de aquis urbis Romae II, 118: commoda publicae familiae exonerantur uectigalium reditu ad ius aquarum pertinentium. ea constant ex locis aedificiisue quae sunt circa ductus et castella aut munera aut lacus. Cfr. C. 130. — [2]) Bruns-Mommsen, fontes iuris romani antiqui, p. 284; Rudorff in Savignys Zeitschrift, Bd. 11, S. 219 ff.; Mommsen, ebenda Bd. 15 S. 335 ff. — [3]) Bruns-Mommsen l. l. Dazu Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 ff. Die Stadtgemeinde gibt ihre Zustimmung dazu, dass das bedungene Recht der superficies unter Beseitigung des solarium in ein anderweitiges, auf die Lebensdauer des Atimetus beschränktes Recht verwandelt werde. Der Inhalt desselben wird be-

IV. Man hat angenommen, dass in derartigen Fällen der Parteiwille über das hinausgegangen sei, was nach ciuile ius möglich, nämlich auf Begründung des Eigenthums an der superficies, so dass das hierher gehörige prätorische Edict als ein Product der Vermittelung erscheine[1]). Von dem Vorkommen eines solchen, die Grenzen des ciuile ius überschreitenden Privatwillens wissen die Quellen nichts; die Betreffenden haben vielmehr im Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Theils ein derartiges Unternehmen gewagt trotz dem unzureichenden Rechtsschutz. Nur davon sprechen, wie in anderen Fällen, die Pandekten, dass es der Prätor für angemessen erachtet habe, im öffentlichen Interesse einen weiteren Schutz zu gewähren[2]).

Was das hierher gehörige Edict betrifft, so befinden wir uns — anders als bei dem ager uectigalis — in der günstigen Lage, dasselbe seinem Wortlaute nach zu besitzen. Nach der Florentina hat es folgende Fassung:

> Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, uim fieri ueto. [3])si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Klar ist, dass hier für denselben Gegenstand zwei wesentlich verschiedene Anordnungen getroffen werden. Den Anfang macht die Formel eines Interdicts, wie es zur Zeit des lebendigen prätorischen Rechts vom Magistrat auf Antrag einer Partei gegen beide in mündlicher Rede zu erlassen war. Darauf folgt das allgemeine Versprechen, dass, wenn irgend

---

zeichnet als „usus et fructus potestasque aedificii sui". Seine ursprüngliche Auffassung, dass hiernach das superficiarische Recht ohne solarium fortbestehen solle, hat Degenkolb, Platzrecht S. 42, wie ich glaube mit Grund, zurückgenommen. Andererseits geht, was dem Atimetus gewährt wird, durch den Zusatz der potestas aedificii sui über den usus fructus hinaus: welcher Natur das zu begründende Recht sei, darüber waren die Väter der Stadt vielleicht selber sich nicht vollkommen klar.

[1]) Wächter a. a. O. § 1. — [2]) Fr. 1 § 1 de superficiebus. — [3]) Vermuthlich ist das sonst übliche verbindende „Item" durch Schreiberversehen hier ausgefallen: Fr. 1 pr. de publicanis; Fr. 1 pr. de tabulis exhibendis; Fr. 1 § 15 de cloacis; Fr. 2 ui bonorum raptorum; Fr. 2 pr. de incendio; Fr. 15 § 24 de iniuriis.

eine andere Klage zum Vortheil der superficies werde erbeten werden, dieselbe nach vorhergegangener causae cognitio zu ertheilen sei.

Die beiden Sätze sind nicht gleichzeitig entstanden. Das interdictum de superficie gehört nämlich, obgleich es das interdictum Uti possidetis zum Vorgänger hat, wie überhaupt das Institut der Interdicte, aller Wahrscheinlichkeit nach der Legisactionen-Zeit an. Dagegen der zweite Satz, jedenfalls später entstanden als der erste, stammt aus der Zeit des Formularprocesses; dafür spricht sein Inhalt, seine Fassung [1]), endlich der Umstand, dass Paulus von den aliae actiones des Superficiars als von etwas redet, das noch nicht lange bestehe und namentlich jüngeren Datums sei als die Entwickelung bei den uectigalia praedia [2]).

Ist die Reihenfolge der Entstehung begründet, so ergibt sich, dass es nicht zulässig sei, die Vorschrift des zweiten Satzes zur Interpretation der Interdictenformel zu benutzen.

III.

Interdictum.

I. Das interdictum de superficie erweist sich als eine Nachbildung des Uti possidetis; was wir erkennen müssten auch ohne die ausdrückliche Bemerkung Ulpians in Fr. 1 § 2 h. tit. [3]):

---

[1]) Der zweite Satz bezeichnet die vorhergehende Formel des Interdicts als „actio": das hat der Prätor sicherlich erst in späterer Zeit gethan. — [2]) In Fr. 16 § 2 de pigneratitia actione sagt derselbe: „Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur". — Niegolewski, p. 22, folgert aus dieser Mittheilung mit Unrecht das spätere Entstehen des ganzen superficiarischen Rechts überhaupt; das Interdict ist keine utilis actio, das sind lediglich die „aliae actiones" des Edicts. Mit gleicher Grundlosigkeit beruft sich derselbe auf Fr. 13 § 8 de damno infecto, eine Stelle, die sich gar nicht auf das Alter der prätorischen superficies, sondern darauf bezieht, dass unter anderen dem Superficiar das Recht auf die cautio damni infecti erst spät eingeräumt wurde. — [3]) Unter diesen Umständen weiss ich nicht, wie Rudorff (in Savignys Zeitschrift XI S. 230) zu der Behauptung kommen konnte, erst die Compilatoren haben den falschen Schein der Verwandtschaft beider Interdicte hervorgerufen.



> Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti Uti possidetis. tuetur itaque Praetor eum, qui superficiem petit, ueluti Uti possidetis interdicto —

und er sagt das mit dem Hinzufügen:

> omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto seruantur, hic quoque seruabuntur.

Die Aehnlichkeit liegt zunächst in der allgemeinen Structur beider, welche nach der Florentina lauten:

> Uti eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto.
>
> Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus[1]) fruamini, uim fieri ueto.

Insbesondere tritt die Uebereinstimmung hervor in der prohibitorischen Form[2]), in der Duplicität[3]), in der exceptio und

[1]) Längst hat man erkannt, dass hier, wahrscheinlich durch Schreiberversehen, „ita" ausgefallen sei. — [2]) Wie war die Lage der Dinge beschaffen, bevor der Prätor in seinem Edict die Interdicte proponirte? Die einfache Antwort geht dahin, dass wir davon nichts wissen, also nur Vermuthungen aufstellen können. Es gibt zwei Möglichkeiten. Die eine besteht darin, dass rechtlich überhaupt noch nicht gesorgt wurde. Das ist keineswegs absolut unwahrscheinlich, denn das älteste römische Recht war jedenfalls lückenhaft, wie überhaupt jedes beginnende: lange Zeit gab es impuberes sui iuris, welche einen tutor gar nicht erhalten konnten; auf dem Gebiete des Erbrechts gehörten die bona uacantia im eigentlichen Sinne zu den gewöhnlichen Erscheinungen des Tages; die Selbsthilfe war bis in die Kaiserzeit hinein straflos. — Eine zweite Möglichkeit führt dazu, dass in den später durch Interdicte geregelten Fällen König oder Consul sofort selber untersuchten und entschieden (extra ordinem cognoscere, nach dem späteren Sprachgebrauch). Für diese zweite Möglichkeit entscheidet sich Keller. Beide stehen einander etwa gleich: nur dagegen muss Verwahrung eingelegt werden, dass diese angeblichen magistratischen Cognitionen als die ältesten Interdicte bezeichnet werden. Zwischen extraordinaria cognitio und interdictum besteht vielmehr eine principielle Verschiedenheit. Denn während jene die nach untersuchter Sache erfolgende definitive Entscheidung ist, beruht das Wesen des Interdicts in dem Erlass vor untersuchter Sache: und gerade deshalb ist dieser Erlass nothwendiger Weise ein bedingter. — Was Keller als eine nebensächliche Hypothese hinstellt, woraus er als vorsichtiger Forscher sich hütet weitere Folgerungen zu ziehen, das wird als die

darin, dass auch das interdictum de superficie ein in praesens relatum sein muss. Allerdings stimmt zu dieser Behauptung

---

positive Grundlage neuer, angeblicher Entdeckungen behandelt in einer vielfach seltsamen, in einigen Punkten schon von Ubbelohde recticifirten Schrift, welche nicht sowohl aus den Quellen schöpft, als vielmehr diese für vorgefasste Meinungen zurecht macht: Emil Pfersche, Die Interdicte des römischen Civilprocesses, 1888. Hier mag die darin niedergelegte Auffassung der prohibitorischen Interdicte besprochen werden. Von diesen wird behauptet, dass sie zu ihrer Wirksamkeit eine vom Beklagten vorgenommene, schon zur Zeit des Erlasses vorhandene Verletzung verlangen: was schliesslich zu der beneidenswerthen Entdeckung führt, dass zwischen restitutorischen und prohibitorischen Interdicten ein eigentlicher Unterschied nicht bestehe (S. 125). Fragt man nach Beweisen, so wird es zunächst für ungeheuerlich erklärt, dass man so ohne weiteres durch obrigkeitliche Erlasse belästigt werden könne. Nun thut das freilich unsere Polizei ganz gewöhnlich. Ferner hat sogar das ciuile ius der Römer keinen Anstand genommen, ein solches ohne weiteres wirkendes und noch dazu privates Verbot anzuerkennen in Gestalt der operis noui nuntiatio. Gegen Missbrauch aber wird nachträglich gesorgt, bei dem letztgenannten Institut durch die Pflicht zur Ableistung des iusiurandum calumniae (Fr. 5 § 14 de operis noui nuntiatione), bei den Interdicten durch die restipulatio, welcher der Charakter der poena temere litigantis innewohnt und die daher, wo sie wegfällt, durch das iudicium calumniae ersetzt wird (Gaius IV, § 163. 174. 180). Das Hauptargument wird den Worten der sponsio entnommen „aduersus praetoris edictum“, denn darunter sei nicht das mündliche, in Form des Interdicts erlassene Verbot, sondern das vom Prätor proponirte Edict zu verstehen. Aber aus welchem Grund lässt sich der Prätor zu jenem mündlichen Verbot herbei, wenn sich der nachfolgende Process nicht um den Verstoss gegen dieses dreht, sondern um etwas ganz anderes? Und wo findet sich diese angebliche Edictsstelle? In den meisten Fällen enthielt das proponirte Edict das Formular zum Interdict und nichts weiter. Wo findet sich die Edictsstelle im Fall der utilia interdicta und insbesondere da, wo der Prätor ein solches ganz unabhängig von seinem Edict gewährt? Daher wird jene Schrift daran nichts ändern, dass die Mittheilung der classischen Juristen hierher gehöre, wonach „aduersus praetoris edictum“ gleich ist „uetante praetore“; eine Erklärung, welche niemanden verwundern wird, der es nicht ignorirt, dass die Beziehung des Wortes „edictum“ auf die schriftlichen Mittheilungen in dem album praetoris nicht die ursprüngliche, sondern eine abgeleitete Bedeutung ist. Jene Schrift wird ferner daran nichts ändern, dass man nur für die Zukunft verbieten kann, nicht für die Vergangenheit, und es wird für das classische Recht demgemäss dabei sein Verbleiben haben, dass bei dem aus dem prohibitorischen Interdict hervorgehenden Verfahren es sich lediglich

das „fruemini" der Florentina schlecht; allein das Futurum verstösst nicht bloss gegen das Muster, sondern ist geradezu ohne Sinn; die Correctur „fruimini" ist eine Nothwendigkeit[1]).

II. Was die Abweichungen des Interdicts von seinem Muster anlangt, so liegt die massgebende Differenz in der Bezeichnung des Gegenstandes. Während die hierher gehörige Form des Uti possidetis auf die aedes sich bezieht, also auf das Haus mit dem Boden, beschränkt sich das nachgebildete Interdict auf die superficies, also jedenfalls auf dasjenige, was, mit dem Boden fest verbunden, über denselben emporragt, mit Ausschluss des Bodens selber.

1) Ganz sicher ist die Anwendung des Interdicts auf die superficies im Sinne der superficiariae aedes[2]). Da dieser Ausdruck jede Art von Gebäude umfasst[3]), so gehören nicht nur die insulae hierher[4]), sondern auch die domus[5]).

2) Die Bedeutung von superficies geht über die superficiariae aedes weit hinaus. Klar ist von vornherein, dass in den Bereich des Interdicts keineswegs alles fallen könne, was jenem allgemeinen Begriff sich unterordnet; insbesondere nicht die superficies rei mobilis und ebensowenig eine jede superficies rei immobilis, z. B. Gras, Getreide. Gerade weil dem so ist, werden wir — anders als die herrschende Meinung thut — davon auszugehen haben, dass das römische Recht auf den in den Quellen allein hervorgehobenen Fall sich be-

---

um die Frage handele, ob dem vom Prätor mündlich ausgesprochenen Verbote zuwider gehandelt worden sei oder nicht. — [3]) Für die Duplicität des superficiarischen Interdicts wird der Grund kaum wo anders als in der Formulirung nach dem Muster des Uti possidetis zu suchen sein; denn der Fall, dass von zwei Parteien eine jede dieselbe superficies für sich ausschliesslich in Anspruch nahm, wird ein so seltener sein, dass er schwerlich besondere Berücksichtigung verdiente.

[1]) a) Nach der Florentina sagt der Prätor: „stört einander gegenwärtig nicht in demjenigen Genuss, welchen ihr künftig haben werdet". b) Es gibt lediglich in praesens und in praeteritum relata interdicta, keine in futurum relata: Fr. 1 § 2 de interdictis. — [2]) Fr. 2 h. tit. — [3]) Fr. 9 de incendio. — [4]) Fr. 12 de publiciana; Fr. 9 § 4, Fr. 39 § 2 de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui. — [5]) Rudorff, S. 225, nimmt an, dergleichen sei nicht vorgekommen: die rechtliche Möglichkeit bestand jedenfalls.

schränke, also auf die superficiariae aedes: es bestand damals schwerlich ein weiter gehendes Bedürfniss[1]).

3) Wir erkannten den Ausgangspunkt des superficiarischen Rechts in den Gebäuden auf öffentlichem Boden. Ist dasselbe auch auf den im Privateigenthum stehenden Boden angewendet worden? Ohne Zweifel. Das entscheidende Wort des Interdicts „superficies" und seine Erklärung durch „superficiarae aedes" umfassen auch diesen Fall; Ulpians Commentar enthält keine Beschränkung und es fehlt auch nicht an entscheidenden Quellenbeispielen[2]).

4) Ist das Interdict anwendbar auf den Inhaber eines einzelnen Stockwerkes? Man bejaht das gewöhnlich. Einen Quellenbeweis gibt es meines Erachtens nicht[3]). Das Stock-

---

[1]) Für das Recht an Bäumen z. B., wofür man die superficies ebenfalls in Anspruch nehmen will, wird den Römern das Institut des ager uectigalis genügt haben. — [2]) In Fr. 3 § 7 uti possidetis steht dem Superficiar ein Privatmann als Eigenthümer gegenüber. In Fr. 1 § 4 h. tit. erhebt der Eigenthümer des Grundstücks die rei uindicatio wider den Superficiar: auch ein Beispiel für den unus casus. — [3]) Nach meinem Dafürhalten bringt das viel besprochene Fr. 3 § 7 Uti possidetis [vgl. Degenkolb S. 222 ff. und die daselbst Citirten] keine Entscheidung der Frage. Der Text lautet bei Mommsen: „Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto Uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, uideri non ab eo aedes possideri, qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cuius aedes supra κρύπτας essent. uerum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur [Vulg.: utentur]." Die Stelle entscheidet für zwei Fälle die Frage, welcher von zweien, von denen ein jeder den ausschliesslichen Besitz des Hauses für sich in Anspruch nimmt, in der That der Besitzer sei. Erster Fall: ich besitze mit dem Boden den unteren Theil des Hauses, der Inhaber des oberen Theils behauptet ebenfalls Besitzer des Hauses zu sein: ich bin Besitzer des ganzen Hauses [dass unter dem „qui in cenaculo quasi dominus moratur" nicht, wie viele meinen, der Superficiar zu verstehen sei, ergibt sich daraus, dass in Erwägung gezogen wird, ob diesem Manne das Uti possidetis zustehe oder nicht: für den Superficiar liess sich diese Frage gar nicht aufwerfen]. Zweiter Fall. Das Haus besteht, anders als im ersten Fall, lediglich aus κρύπται und cenaculum [das folgt daraus, dass hier cenaculum und aedes synonym gebraucht werden; cenaculum ist also hier die ganze superficies. Mit

werk ist integrirender Theil der superficies: was von dem Ganzen gilt, gilt nicht nothwendig auch für diesen: und warum dann nicht auch für das einzelne Zimmer? Die Annahme entspricht nicht der geschichtlichen Entwickelung. Denn den Normalfall erkannte man zu allen Zeiten in der Errichtung des Gebäudes auf fremdem, gemietheten Boden: nun aber ist nicht Bodenmiether, wer ein Stockwerk auf das fremde Haus setzt. Ueberhaupt wird eine derartige Weise des Bauens zu den Dingen gehören, welche die Praxis verschmäht. Als man das Princip des superficiarischen Rechts auch auf vorhandene Gebäude erstreckte, hat man schwerlich daran gedacht, hier gelten zu lassen, was im Normalfall nicht möglich war. Offenbar hat auch die römische Praxis kein Bedürfniss der Ausdehnung nach dieser Seite hin empfunden; denn andernfalls

---

Recht hebt Degenkolb hervor, dass die von Sachverständigen uns überlieferten Beschreibungen des römischen Hauses keineswegs die wirklich vorgekommenen Formen desselben erschöpften]. a) Diese superficies hat einen Eingang von der Strasse her [dass man auf einer Treppe in das Obergeschoss hinaufsteige, davon ist keine Rede]: dann ist der cum animo domini das cenaculum Innehabende der Besitzer des ganzen Hauses; denn er beherrscht es. b) Die superficies hat keinen solchen Eingang, man gelangt also in dieselbe nur durch die κρύπται: dann ist der Inhaber der letzteren der Besitzer des Hauses, denn er hat die Verfügungsgewalt: ihm steht daher das interdictum Uti possidetis zu. Dagegen der Inhaber des Oberbaues bedient sich der dem Superficiar zustehenden Klagen: aber selbstverständlich nur dann, wenn er Superficiar ist [keineswegs jeder Bewohner des Oberbaues ist es]. Nach dieser Auffassung spricht die Stelle in ihrem entscheidenden Theil auch infolge des florentinischen Textes ebenso wenig von dem Rechte der superficies an einem einzelnen Stockwerk, als wenn man mit Savigny und Degenkolb der Vulgata folgend „utentur“ liess. [Uebrigens ist zuzugeben, dass durch die Correctur das Verständniss der Stelle sich vereinfacht.] — Das entscheidende Wort ist „ceterum“; es bedeutet hier, wie häufig „anderen Falls“, also im Zusammenhang der Stelle: „qui aditum ex publico non habet“. Bei dem genannten Worte wird der Gegensatz zum Vorhergehenden zuweilen besonders hervorgehoben, z. B. in Fr. 25 de rei uindicatione: „— sed hoc post litem contestatam, ceterum ante iudicium acceptum“; Fr. 6 de iniusto; Fr. 63 § 7 de furtis; Fr. Vat. § 161. 165; ebenso häufig fehlt die Hervorhebung des Gegensatzes, so dass derselbe aus dem Hervorgehenden subintelligirt werden muss; so in Fr. 5 § 4 de carboniano edicto, Fr. 15 § 33 de damno infecto, Fr. 15 § 7 de re iudicata, so endlich in unserem Fragment.

wäre es kaum erklärlich, dass derselben in dem Titel „locati conducti" nicht gedacht wird.

5) Ist im concreten Fall des Interdicts diejenige superficies, um welche es sich handelt, näher zu beschreiben [1])? Das erscheint von vornherein wenig wahrscheinlich; denn es vermehrte die Geschäfte des Magistrats ohne Noth und hat bei der besonders für die Römer bestehenden Schwierigkeit einer genauen Beschreibung seine praktischen Bedenken. Im Gegentheil enthält der Zusatz „qua de agitur" einen Hinweis auf die Feststellung in der Vorverhandlung; gerade wie bei dem interdictum de ui die Bezeichnung der Localität durch „unde" auch bei der concreten Formulirung beibehalten wird [2]).

III. Der zweite Unterschied besteht darin, dass, wo das Muster einfach sagt „possidetis", das nachgebildete Interdict die Worte aufweist: „ex lege locationis siue conductionis fruimini". Während mithin das Uti possidetis eigentliche possessio zur Voraussetzung hat, verlangt das de superficie das „frui" und zwar in der Beschränkung der locatio conductio.

Betrachten wir zuerst die Worte „ex lege locationis siue conductionis".

1) Ulpian [3]) gibt einen der Gründe für Einführung des Interdicts in den Worten Ausdruck: „et quia incertum erat, an locatio existeret". Weil man geglaubt hat, das auf die Zweifelsfrage, ob die locatio in perpetuum nicht vielmehr als uenditio zu bezeichnen sei, beziehen zu müssen, vorzugsweise desshalb hat man die obigen Worte des Interdicts dahin verändern wollen: „ex lege locationis siue uenditionis" [4]). Dagegen hat Mommsen mit Recht [5]) eingewendet, dass die Aufnahme des letzten Wortes in die Formel des Edicts auch in diesem Falle keine Nothwendigkeit sei. Zu einer der-

---

[1]) Dazu neigt Degenkolb S. 54. — [2]) Das wird bewiesen durch Cicero pro Caecina 28, 80. — [3]) Fr. 1 § 1 h. tit. — [4]) So Puchta, Institutionen § 244; Rudorff in Savignys Zeitschrift XI S. 233, Edict § 294, Degenkolb § 3. Gegen die Veränderung erklären sich Wächter in der Anmerkung zu § 8, Mommsen zu dieser Stelle, Lenel, Edict S. 383. — [5]) Das interdictum de migrando z. B. bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Miethsmann; dem umsonst Wohnenden wird es als utile gegeben, also mit im einzelnen Fall modificirter Fassung: Fr. 1 de migrando.



artigen willkürlichen Textesveränderung ohne jede handschriftliche Unterlage darf man nur dann vorschreiten, wenn jeder andere Ausweg verschlossen erscheint. Erinnert man sich dagegen, dass der Sprachgebrauch von locatio und conductio lange Zeit schwankend war, dass weder die Formen der legis actiones noch selber die Gesetze es verschmähten, auf derartige Schwankungen ausdrücklich Rücksicht zu nehmen [1]), und dass gerade die Partikel „siue“ die in solchen Fällen übliche ist [2]): so wird eine derartige Rücksichtnahme auch für das Edict des Prätors nichts auffälliges haben, sodass Ulpians Worte den Sinn erhalten: „incertum erat, utrum conductio an locatio existeret“.

2) Wir finden in den Quellen anerkannt, dass das superficiarische Recht auch durch Kauf, Schenkung, Legat begründet werden könne. Wenn richtig ist, was später ausgeführt werden soll, nämlich dass alle diese Geschäfte den Abschluss der Location zum Gegenstand haben, so folgt, dass auch in diesen Fällen die Formel des Edicts bleibe, wie sie im Edict lautet, und dass mithin die Correctur „uenditio“ sogar in diesen Fällen sich als unbrauchbar erweist.

3) Den Ausgangspunkt bildet die Miethe des Bodens behufs der Errichtung eines Gebäudes auf demselben. Kann das besondere Recht an der superficies auch durch die Miethe der schon bestehenden aedes begründet werden [3])?

Die Ausdehnung lag an sich desshalb nahe, weil der Miethsmann, zu den Fällen des abgeleiteten Besitzes nicht gehörend, an den possessorischen Interdicten keinen Antheil hat. Die Wortfassung des Interdicts begreift zweifellos auch diesen Fall, denn sie verlangt lediglich das „frui superficie e lege locationis“, um die Entstehung derselben sich nicht

---

[1]) Die Formel der legisactio per manus iniectionem (Gaius 4, 21) beginnt mit den Worten: „Quod tu mihi iudicatus siue damnatus es“ [ich finde keinen Grund, den Zusatz zu beargwohnen]; die lex Rubria sagt mit sprachlicher Vorsicht zweimal (l. 29, l. 39): „ex lege Rubria seiue id plebeiscitum est“. Daher scheint mir der Einwand Degenkolbs (S. 25), dergleichen gehöre nicht in die Sprache des Gesetzes, der römischen Denkweise nicht entsprechend. — [2]) Dafür zeugen die Stellen der vorigen Anmerkung. — [3]) Das bejaht die herrschende Meinung: Wächter S. 76 ff.; es wird verneint namentlich von Degenkolb § 9.

bekümmernd. Von einer restrictiven Interpretation der römischen Juristen wissen wir nichts, sie bezeichnen vielmehr den Superficiar als inquilinus[1]), Ulpian bezieht das Interdict auf den qui conduxit superficiem[2]), endlich fehlt es nicht an historischen Beispielen. So erzählt Liuius, dass im Jahre 545 der Staat es ist, der die das Forum umgebenden tabernae wiederaufbaut[3]), obgleich sie, wie wir gesehen haben, dem Recht der superficies sicherlich unterstanden[4]). Auch in dem Fall, wo der Privatmann, welcher ohne Berechtigung auf öffentlichem Boden gebaut hatte, nachträglich vom Staat als Superficiar angenommen wird, entsteht das prätorische Recht an einem schon vorhandenen, in fremdem Eigenthum stehenden Gebäude[5]).

IV. Was bedeutet „*ex lege* locationis siue conductionis frui"?

1) Zur Beantwortung dieser Frage haben schon andere, namentlich Degenkolb, das interdictum de loco publico fruendo mit Recht in Vergleich gezogen:

> Quo minus loco publico quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit, ei qui conduxit socioue eius ex lege locationis frui liceat, uim fieri ueto.

Demnach besteht bei diesem Interdict, soweit die Sache hierher gehört, eine zweifache Begrenzung:

a) das Interdict steht dem Pächter selber und seinem socius zu[6]);

b) diesen beiden steht es nur zu, insoweit sie den Genuss innerhalb der contractmässigen Grenzen beanspruchen[7]).

---

[1]) Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. — [2]) Fr. 1 § 1 de superficiebus. . — [3]) Weil der Staat der Eigenthümer war, deshalb behandelte der Staat den Wiederaufbau als seine Angelegenheit: Liuius 27, 11. — [4]) S. Abschnitt II, S. 133 Anm. 3. — [5]) Bei einem derartigen Vorkommniss entscheidet der zuständige Magistrat darüber, ob das öffentliche Interesse die Wegnahme des betreffenden Gebäudes erfordere oder die Einräumung des superficiarischen Rechts gestatte: Fr. 3 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 5 § 1 de operibus publicis; C. 1 de diuersis praediis. Vergl. Liuius 39, 44; 43, 16. — [6]) Darin liegt eine Berücksichtigung der societas publicanorum; der socius hat das Interdict aus eigenem Recht, nicht erst als ein aus der Person des conductor abzuleitendes. — [7]) Fr. 1 § 3 de loco publico fruendo (Ulpianus): Ait praetor „quo minus e lege locationis frui liceat". me-

Die erste ist eine subjective Schranke (causa possessionis), die zweite eine objective.

Bei dem interdictum de superficie besteht nur die zweite Schranke, nicht die erste. Das wird vollkommen bestätigt durch Fr. 1 § 2 h. tit.:

> tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, ueluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat; unum tantum requirit, num forte ui clam precario ab aduersario possideat.

Demnach genügt es, wenn der Kläger sich so im Genuss befindet, wie derselbe im Contract geordnet ist [objective Schranke]; gleichgiltig dagegen ist die Art, wie er in den Genuss gelangte; nur die subjective Schranke besteht, gemäss dem Musteredict, dass der Genuss dem processualischen Gegner gegenüber nicht vitiös sein darf. Ein Resultat, welches der freien Natur der locatio conductio vollkommen entspricht.

2) Gehört zu dem „frui ex lege locationis“ die gehörige Entrichtung des Zinses? Das behauptet man gewöhnlich, jedoch mit der Modification, dass dieselbe nur gegenüber dem dominus in Frage komme, nicht aber gegenüber demjenigen Beklagten, welcher kein Recht auf den Empfang hat. Aber abgesehen davon, dass die Frage, wer der dominus sei, bei diesem Interdict indifferent erscheint, ist daran zu erinnern, dass der den Miethzins nicht Zahlende nach wie vor „e lege locationis fruitur“ und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo der Vermiether das Recht der Austreibung erlangt und davon Gebrauch gemacht hat.

V. Was bedeutet *frui* e lege locationis?

1) Bekanntlich behaupten gewichtige Stimmen, der Superficiar habe corporis possessio: dann ist frui gleich possidere. Aber, wenn dem so wäre, warum bedient sich der Prätor zur Bezeichnung des Sachbesitzes statt des üblichen Wortes eines anderen, das diesen Sachbesitz nicht bezeichnet? Ja, warum lässt er sich dann nicht auch hier mit dem gewöhnlichen Uti possidetis genügen? Entscheidend erscheint der Umstand,

---

rito ait „e lege locationis“. ultra legem enim uel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.



dass der Superficiar gar nicht Sachbesitzer ist; denn da dem dominus diese Qualität zukommt, so unterliegt in dem Uti possidetis jener diesem: eben weil er nicht Besitzer ist [1]).

2) Nach der herrschenden Meinung bezeichnet „frui" die iuris quasi possessio des das prätorische dingliche Recht an der superficies in Anspruch Nehmenden. Wie sich das freilich konstruiren lasse, darüber befindet man sich sichtlich in Verlegenheit.

Niegolewski [2]) will das Wort „frui" dadurch beschränkend erklären, dass er den folgenden selbstständigen Satz des Edicts „si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo" auf die Formel des Interdicts zurückbezieht, d. h. er erstreckt die Nothwendigkeit der die conductio non ad modicum tempus verlangenden causae cognitio auch auf das Interdict. Das ist historisch unmöglich, wenn dieser zweite Satz in der That später entstanden ist als das Interdict. Das ist, selbst wenn beide Sätze gleichzeitig Aufnahme in das Edict gefunden haben sollten, sprachlich deshalb schlechthin unmöglich, weil die causae cognitio nur für die „aliae actiones" verlangt wird, also gerade nicht für das Interdict.

Puchta [3]) gelangt auf einem anderen Wege zu demselben Resultat, nämlich durch die Behauptung, das bei den aliae actiones ausdrücklich hervorgehobene Erforderniss der causae cognitio liege bei dem Interdict in den Worten „ex lege locationis siue conductionis" verborgen: als ob nur, wer auf lange Zeit gemiethet hat, und nicht jeder Miether sein Recht nach den Bestimmungen des Contracts auszuüben hätte.

Beide, Niegolewski und Puchta, machen, ein jeder auf seinem Wege, das Interdict zu einem rei persecutionem continens [4]), vielleicht ohne es selber zu bemerken. Wer das Interdict für ein quasi possessorisches hält, muss sich mit dem Dasein des animus quasi possidendi begnügen, also gerade

---

[1]) Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus): dominus autem soli tam aduersus alium quam aduersus superficiarium potior erit in interdicto Uti possidetis, sed praetor superficiarum tuebitur secundum legem locationis. — [2]) A. a O. S. 22. 58. 59. — [3]) Institutionen II § 244. — [4]) Fr. 2 § 2 de interdictis.

ohne die causae cognitio zu verlangen, welche auf das Dasein des prätorischen Rechts selber gerichtet ist.

3) „Frui" ist, wie oben zu entwickeln war, der ganz gewöhnliche Ausdruck für Ausübung derjenigen Befugnisse, welche der Miethcontract dem Miether verleiht; „superficie ex lege locationis frui" heisst einfach „im Genuss des Gebäudes sich befinden gemäss dem Miethcontract". Da der Geniessende in dem ursprünglichen Fall Miether des Grund und Bodens ist, so äussert sich der Genuss in der Detention des Grundstücks, also in dem possidere im weiteren Sinne[1]). Wer sich daher ohne vorgefasste Meinung der Formel des Interdicts hingibt, der wird einfach sagen: geschützt wird ein jeder, welcher die superficies inne hat gemäss dem Miethcontract.

Dafür bringt das interdictum de loco publico fruendo eine angemessene Analogie. Dasselbe verlangt vom Kläger genau dasselbe „frui" wie das interdictum de superficie; darunter aber versteht es nichts anderes, als dass er vom zuständigen Magistrat gemiethet habe und dass er im Genuss des gemietheten Grundstücks sich befinde (frui), also nichts als das Dasein der rechtsbeständigen locatio und ihre Ausübung. Davon, dass er behaupten müsse, er besitze auf Grund eines Rechts an dem locus publicus selber, ist trotz dem Erforderniss des „frui" selbstverständlich keine Rede.

4) Wenn die Dinge sich in dieser Art verhalten, so ist das interdictum de superficie weder ein possessorisches — denn der Kläger behauptet niemals den Sachbesitz —, noch ein quasi possessorisches, denn er braucht auch nicht den Rechtsbesitz zu behaupten. Es ist vielmehr einfach erlassen zum Schutz desjenigen, der gemäss dem Miethcontract im Genuss der superficies sich befindet.

---

[1]) Ulpian schreibt dem Interdicenten wiederholt das „possidere" zu: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. Der Sachbesitz ist selbstverständlich ausgeschlossen; ebensowenig besteht irgend eine Nothwendigkeit, darunter die iuris quasi possessio zu verstehen; denn auch der blosse detentor wird bekanntlich gerade von Ulpian im weiteren Sinne als possessor bezeichnet: Fr. 9 de rei uindicatione. Diese Bezeichnung lag hier deshalb um so näher, als dieser Kläger häufig iuris possessor war; denn wer auf dem fremden Boden als Miether desselben ein Gebäude errichtet, der wird gewöhnlich auf lange Zeit gemiethet haben.

Das muss so sein, wenn das Interdict wirklich in einer Zeit entstanden ist, wo es ein prätorisches dingliches Recht an der superficies noch nicht gab. Es ist das zugleich ein sachlich befriedigendes Resultat; denn den Normalfall, also denjenigen, von welchem aus das Institut der superficies sich entwickelt hat, bildet der auf Grund der Grundstücksmiethe erfolgte Bau auf fremdem Boden. Dieser Miethsmann, der in gutem Glauben auf den gemietheten Gegenstand Summen verwendet hat, welche den Werth desselben oft weit übersteigen, erschien dem Prätor eines über das Recht des gewöhnlichen Miethers hinausgehenden Schutzes ebenso würdig wie bedürftig: befindet er sich im Genuss des Gebäudes, welches durch seine oder seiner Vorgänger eigene Arbeit entstanden ist, so wird er vorläufig geschützt in diesem Genusse.

IV.

Alia actio.

I. Der zweite Satz ist von viel weiter tragender Bedeutung als der erste; denn durch ihn ist die superficies aus der Sphäre des Forderungsrechts in das Gebiet des Rechts an der Sache selber — allerdings nur mittelbar — erhoben worden. Derselbe lautet, wie schon hervorgehoben:

> si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Eine so vage Form, dass sie uns kaum verständlich sein würde ohne den Besitz des von Ulpian hinzugefügten Commentars. Für die Römer freilich wird jene Unbestimmtheit deshalb weniger fühlbar gewesen sein, weil sie, anders als wir, im Besitz des hier in Vergleich zu ziehenden, wesentlich älteren Edicts vom ager uectigalis sich befanden[1]).

[1]) Nach dem Rechte der Pandekten sind agri uectigales von Städten in perpetuum [unter der Bedingung der richtigen Zahlung des uectigal] verpachtete Grundstücke, und zwar mit der Massgabe, dass der Inhaber die Befugniss hat, die Pachtung auf dritte zu übertragen. Den Gegensatz bilden die agri non uectigales der Städte, das sind die auf kürzere Zeit nach den gewöhnlichen Regeln der locatio conductio verpachteten (Fr. 1 pr. si ager uectigalis: Paulus lib. 21 ad edictum). Die Inhaber der uectigales agri haben die in rem actio (Fr. 1 § 1 cit.).

Die erläuternde Stelle Ulpians, Fr. 1 § 3 h. tit., lautet: Quod ait praetor „si[1]) actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo“ sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

Dadurch wird zweierlei festgestellt.

Erstens: die causae cognitio befasst sich zunächst mit der Frage: auf wie lange Zeit ist der Miethcontract abgeschlossen? Jede andere Klage als das Interdict wird versagt bei der Miethe auf kurze Zeit. Die Frage, wann ein non modicum tempus vorhanden sei, unterliegt hiernach nicht dem richterlichen, sondern dem Ermessen des Magistrats. Da nun der Prätor im Edict erklärt, dass er die Sache causa cognita an den iudex abgeben wolle, so wird er, wenn ihm die vom Kläger behauptete Pachtzeit zu kurz erschien, die Klage so-

---

Dieselbe Klage wird in Fr. 3 (Paulus lib. 21 ad edictum) demjenigen eingeräumt, der nur „ad tempus“ von der Stadt gepachtet hat: es wird mithin die in rem actio auch bei agri non uectigales für statthaft erklärt. a) Lenel (Edict S. 147) nimmt an, dass darin eine spätere Ausdehnung der ursprünglich auf die uectigales agri beschränkten in rem actio zu erkennen sei. Das ist allerdings wahrscheinlich. b) Manche, z. B. Pothier, können sich nicht entschliessen, Fr. 3 so zu verstehen, wie es lautet, sie wollen daher durch eine restrictive Interpretation des Ausdrucks in Fr. 3 „ad tempus“ die in rem actio nur demjenigen zuerkennen, der „ad longum“ oder „non ad modicum tempus“ von der Stadt gepachtet hat. Das verstösst gegen die Basiliken, welche die entscheidenden Worte durch „πρόςκαιρον“ übertragen. Das verstösst ferner nicht bloss gegen den allgemeinen römischen Sprachgebrauch von „ad tempus“ [Cicero, de amicitia 15; Liuius 23, 48 und Dukerus ad h. l.], sondern auch gegen den besonderen der römischen Juristen; denn gerade bei der verwandten in rem actio der superficies braucht Ulpian in Fr. 1 § 3 den Ausdruck „ad tempus“ gleich „ad modicum tempus“. c) Demnach liegt die Sache so: die in rem actio steht einem jeden zu, der ein Grundstück von der Stadt gepachtet hat: und er hat dieselbe ohne causae cognitio. Wie früher der Staat, so sind die Städte thatsächlich der Last überhoben, für ihre mit selbstständigem Klagrecht versehenen Grundstückspächter einstehen zu müssen. Die wesentlich unbedeutendere superficies wird dagegen nicht so frei behandelt.

[1]) Ulpian lässt hier die Worte „qua alia“ weg, weil es ihm auf dieselben nicht ankam.

fort verweigert, andernfalls aber den iudex in der formula actionis angewiesen haben, zu prüfen, ob die Pachtung in Wahrheit auf die vom Kläger behauptete und vom Gegner bestrittene Zeit abgeschlossen sei.

Zweitens: dem magistratischen Ermessen ist ferner die Entscheidung darüber überlassen, welche actiones, ausser dem Interdict, dem Superficiar einzuräumen seien. Dass an der Spitze derselben eine in rem actio stehe, sagt **Ulpian** ausdrücklich[1]), und in der That entscheidet die Natur dieser Hauptklage[2]) über die Zulässigkeit aller anderen.

II. Welcher Art die in rem actio sei, darüber fehlt eine besondere Mittheilung. Dieselbe wird jedoch wiederholt als utilis actio bezeichnet[3]) und es erhellt, dass es die rei uindicatio sei, nach deren Muster sie gebildet wird. Dafür spricht Fr. 1 § 4 h. tit.[4]), denn hier ist gesagt, der dominus fundi bedürfe diese utilis nicht, weil er die directa habe; dafür spricht ferner die Einreihung derselben in den Titel de rei uindicatione[5]) und endlich die ganze Behandlung der Sache.

Da aus ihr eine in factum concepta exceptio gebildet werden kann[6]), so scheint der Schluss gerechtfertigt, dass die actio selber in factum concipirt sei[7]). Ihre Formulirung

---

[1]) Fr. 1 § 3. 6 h. tit.; er wiederholt es in Fr. 73, Fr. 75 de rei uindicatione: „superficiario praetor causa cognita in rem actionem pollicetur". — [2]) Die materiellen Vortheile der in rem actio für den conductor zeigen sich vorzugsweise in zwei Punkten: a) wenn ihm die Ausübung seines Rechts durch dritte vereitelt wird, so kann er, von dem locator unabhängig, sich selber Recht verschaffen; b) der locator kann ihm die Ausübung seines Rechts durch Uebertragung des Grundstückseigenthums an einen anderen nicht mehr unmöglich machen. — [3]) Fr. 1 § 4 h. t. (Ulpianus); Fr. 2 § 3 de operis noui nuntiatione (Iulianus); cfr. Fr. 16 § 2 de pigneratitia actione. — [4]) — is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. — [5]) Fr. 73 § 1 — Fr. 75 de rei uindicatione. — Die Einfügung ist so geartet, dass die besprochene in rem actio dem unbefangenen Blick als ein besonderer Fall der rei uindicatio erscheinen muss. — [6]) Fr. 1 § 4 h. tit. — [7]) Es gibt zweifellos utiles in factum actiones: Fr. 2 § 2 de pactis dotalibus; das dabei obwaltende Verhältniss ist folgendes. Jede utilis actio setzt das Dasein einer edictsässigen formula voraus (einerlei, ob sie auf ciuile oder auf praetorium ius gegründet sei), und zwar einer solchen, welche ihrer Fassung nach auf den gegebenen Fall nicht passend, nach aequum ius dennoch auf

wird uns nirgends mitgetheilt. Savigny[1]) gibt ihr folgende Fassung:

> Si paret, Am Am superficiem in perpetuum [in annos triginta] conduxisse rel.[2]).

Bedenkt man dabei, dass es sich um ein dingliches Recht handelt, welches nicht in Folge der locatio conductio schlechthin, sondern nur in dem Fall entsteht, wenn der Eigenthümer der Verpächter ist, und erinnert man sich, dass selbst das interdictum de loco publico fruendo nur demjenigen zusteht, welcher gepachtet hat von dem „cui locandi ius fuit", so wird man geneigt sein, der Formel der in rem actio, in wesentlicher Unterscheidung von dem Interdict, folgende Fassung zu geben:

> Si paret, Am Am superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse rel.

Bei dem successor conductoris wird weiter folgende Fassung erforderlich erscheinen:

> Si paret, Lucium superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse, Aulumque in Lucii locum successisse rel.[3]).

III. Wie ist der Gegenstand beschaffen, welchen diese prätorische actio ergreift? Eigenthum und Sachbesitz erfassen nur folgeweise die superficies, d. h. weil sie Theil des

---

denselben anzuwenden ist. Die Erstreckung erfolgt auf doppelte Weise. Zumeist genügt es, die vorhandene formula durch kleine Aenderung zu erweitern [auf dem Wege der Fiction erfolgt die Erweiterung nur, wenn die ursprüngliche formula eine in ius concepta ist]: utilis actio in gewöhnlichem Sinne. Wo die Ausdehnung in der angegebenen Form nicht thunlich erscheint, wird zwar das materielle Princip der Musterklage ebenfalls festgehalten, aber die Formulirung erfolgt unabhängig von jener: utilis in factum actio.

[1]) Savigny, System, Bd. 5 S. 81. Ihm folgt Bethmann-Hollweg, Civilprocess, Bd. 2 S. 146. — [2]) Für den ursprünglichen Fall scheint auch folgende Fassung nahe zu liegen: „Si paret Am Am fundum capenatem, ut insulam ibi aedicificaret, in perpetuum a domino conduxisse neque ea superficies rel. — [3]) Lenel, Edict S. 146. 183, formulirt, offenbar um diesen Fall in die ursprüngliche Formel mit einzuschliessen: „Si paret, Am superficiem in perpetuum conductam habere": aber ich meine, diese Fassung würde den Beklagten verpflichten, dem Kläger herauszugeben, was dieser Kläger zur Zeit der Klagerhebung hat: Fr. 1 § 19. 21. 23 de fluminibus.

Bodens ist: bindet sich auch der Prätor daran für seine in rem actio?

Bedenkt man, dass die Veranlassung für diese Neubildung lediglich in der Errichtung des Gebäudes liegt, insbesondere in Erwägung, dass es ein Gebot der aequitas sei, dem Erbauer und seinem Nachfolger ein Recht an demjenigen zu gewähren, was seine Hände mit Zustimmung des Eigenthümers auf fremdem Boden geschaffen, nicht aber ein darüber hinausgehendes Recht: so wird man es vollkommen begreiflich finden, wenn der Prätor das Recht lediglich am Gebäude ohne den Boden gewährt, um die anderweitige enge Auffassung des bestehenden Rechts unbekümmert. Dass er das thue, ergibt sich aus dem Edict selber. Da der Prätor erklärt „si qua alia actio de superficie postulabitur“, also „de superficie“ und nicht „de aedibus“: so ist der Gegenstand hier derselbe wie bei dem Interdict: also das Gebäude ohne den Boden. Demgemäss heisst der Berechtigte „superficiarius[1]) und hat er nach der Auffassung der römischen Juristen ausschliesslich ein Recht am Gebäude, während der Boden einem anderen gehört[2]). Gerade in diesem Sinne wird das Recht, welches dem Adrast an der canaba zustehen soll, bezeichnet als „a solo sui iuris“ [3]). Wer endlich die Möglichkeit des superficiarischen Rechts an einem einzelnen Stockwerk anerkennt[4]), der sagt meines Erachtens stillschweigend, dass ein Recht am Boden nicht dazu gehöre[5]).

---

[1]) Fr. 73 § 1, Fr. 74 de rei uindicatione; Fr. 9 § 4, Fr. 13 § 8, Fr. 18 § 4, Fr. 19 pr. de damno infecto. — [2]) Fr. 9 § 4 cit. (Ulpianus): Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius rel. — [3]) Mommsen (Savignys Zeitschrift, Bd. 15 S. 337) legt die Worte „quibus [sc. litteris] ei permissum sit aedificare loco canabae a solo [aedificium] iuris sui“ anders, nämlich dahin aus: „einen Pavillon von Grund aus zu bauen“. Er verbindet also a solo mit aedificare. Aber kann man ein aedificium anders erbauen als a solo? — [4]) Jene Anerkennung findet sich bei Degenkolb, S. 53. Wie sich damit sein anderweitiger Ausspruch (S. 45), dass es verkehrt sei, „die locatio auf das solum, das dingliche Recht aber nur auf die superficies zu beziehen“, in Einklang bringen lasse, ist mir nicht deutlich geworden. — [5]) Wenn der Gegenstand des Rechts die superficies bildet ohne das solum, so wird die Bezeichnung „Platzrecht“ schwerlich eine angemessene Uebertragung in unsere Sprache sein. Wo wir es mit

IV. Ist das solarium wesentlich für das Dasein der superficies?

Von der Wesentlichkeit desselben geht die römische Jurisprudenz überall aus.

In der Definition des superficiarius wird das solarium als besonderes Erforderniss hervorgehoben.

Fr. 74 de rei uindicatione (Paulus).

Id est qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.

Ferner wird das Dasein des solarium stets vorausgesetzt, wo es von rechtlicher Bedeutung sein kann. So bestimmen die Kaiser Severus und Antoninus, dass die Verpfändung der superficies nur erfolge ohne Verkümmerung des solarium[1]), und offenbar im Zusammenhang mit dieser Bestimmung bemerkt Paulus, dass der dominus soli des solarium wegen den Vorzug habe vor diesem Pfand[2]). So gibt ferner derselbe Jurist neben dem superficiarius auch dem dominus soli das Anrecht auf die cautio damni infecti, und zwar nicht etwa auf Grund seines formalen Eigenthums am Gebäude, sondern desshalb, weil ihm durch Zerstörung des Hauses der Bodenzins verloren gehe[3]).

---

römischem Recht zu thun haben (anders in einem deutschen Gesetzbuch), ist es meines Erachtens gerathen, die römische Bezeichnung nur da zu verlassen, wo wir vollkommen entsprechende deutsche Ausdrücke besitzen.

[1]) Fr. 17 de pigneratitia actione (Marcianus): Sane, ut diui Seuerus et Antoninus rescribserunt, sine deminutione mercedis soli obligabitur. So die Vulgata, während die Florentina das „ut" erst nach „rescribserunt" bringt. Wahrscheinlich hatte der Schreiber des Manuscripts, welches der Florentina zu Grunde lag, das kleine Wort übersehen und es deshalb nachträglich an den Rand geschrieben; sein Nachfolger fügte es beim Copiren an falscher Stelle in den Text. — [2]) Fr. 16 qui potiores (Paulus): Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non soluatur ei solarium. Das wird kaum anders denkbar sein als in Form eines, die erste Stelle einnehmenden gesetzlichen Pfandrechts, zustehend dem dominus fundi an der superficies, welche nach prätorischer Anschauung einem andern rechtlich gehört als dem Eigenthümer. — [3]) Fr. 39 § 2 de damno infecto (Pomponius): — et nihilo minus domino soli utilis est [sc. damni infecti stipulatio], si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus in pensione percipienda.

Der entscheidende Punkt ist meines Dafürhaltens folgender. Ein von der römischen Jurisprudenz anerkanntes natürliches Princip lautet: der Inhalt des Eigenthums darf durch ein ius in re aliena niemals vollkommen aufgezehrt werden[1]). Auf Grund dieses Satzes bezweifelten die römischen Juristen die Zulässigkeit des Niessbrauchs bei der juristischen Person, in einer vermittelnden Entscheidung Hilfe suchend[2]). Dagegen hat man an dem Rechte der Emphyteusis und der Superficies von Seiten der römischen Jurisprudenz unseres Wissens niemals Anstoss genommen, trotz ihrer möglichen Unvergänglichkeit und trotz des Umstandes, dass sie in das Eigenthum in wesentlich tieferer Weise eingreifen als das erstgenannte Recht. Das hat darin seinen Grund, dass der dominus fundi bei diesen Rechten im Genuss des Grundstücks sich befindet, nur nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch den Pachtzins, welchen er bezieht.

Wenn demnach daran festzuhalten ist, dass zum Begriff des superficiarischen Rechts das solarium als wesentlich gehöre, so erscheint der Satz Degenkolbs[3]) unabweisbar, wonach bei einer jeden Begründungsform, welchen Namen sie immer führen möge, das für das superficiarische Recht massgebende Element in der locatio conductio zu erkennen ist. Ein gering angesetztes solarium vorausgesetzt, kann das begründende Geschäft uenditio[4]), legatum, donatio[5]) sein. Da-

---

[1]) Fr. 3 § 2 de usufructu (Gaius): Ne tamen in uniuersum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extingui usum fructum et ad propietatem reuerti. — [2]) Aus Fr. 50 eod. tit. (Gaius) erhellt, dass hier der gleiche Gesichtspunkt, wie er in der Stelle der vorigen Note ausgesprochen ist, obwaltete und dass die Jurisprudenz das Bedenken beseitigte durch Beschränkung eines derartigen Niessbrauchs auf hundert Jahre. — [3]) A. a. O. S. 29 ff. — [4]) Die Möglichkeit der Begründung durch uenditio wird erwiesen durch Fr. 1 § 1 h. tit.; warum Degenkolb S. 37 annimmt, Ulpian fasse hier die uenditio nicht als Realität auf, ist mir nicht klar. — [5]) Fr. 1 § 7 gedenkt der donatio und des legatum. Nun ist es allerdings durchaus wahrscheinlich (vgl. Degenkolb a. a. O. und die daselbst Citirten), dass hier, wie in dem vorhergehenden Paragraphen, lediglich von der Uebertragung des vorhandenen Rechts auf einen anderen gehandelt werde; die Möglichkeit der Begründung des superficiarischen Rechts in diesen Formen bedarf jedoch keines besonderen Beweises.

mit stimmt, dass die Quellen überall von der locatio conductio ausgehen, und daraus folgt, dass sowohl die Formel des Interdicts wie die der in rem actio mit der Hervorhebung dieses Contracts ausreichen, möge die Begründungsform gewesen sein welche sie wolle.

V. Ist dadurch, dass der Prätor auf Grund der locatio in non modicum tempus die in rem actio gewährte, der rechtliche Charakter jenes Contracts geändert worden? Das behauptet Wächter und zieht daraus die wichtige Consequenz, dass die Grundsätze desselben auf die superficies nicht anzuwenden seien [1]).

Nun aber hat Gaius — also ein Jurist, welchem die in rem actio vollständig bekannt war — die oben erwähnte Definition von superficiariae aedes so gefasst, dass sie die locatio conductio in den Begriff aufnimmt. Das Interdict stützt sich auf die locatio conductio und ebendieselbe bildet die edictmässige Voraussetzung für die in rem actio. Ulpian lässt, wie erwähnt, den Superficiar sagen: „Mouet quod quasi inquilinus sum". Endlich geht Paulus als von einem unzweifelhaften Satze davon aus, dass dominus und superficiarius die actio locati und die actio conducti widereinander anzustellen berechtigt sind [2]). Dass Prätor und Jurisprudenz unter dieser, dem ciuile ius entsprungenen Bezeichnung hier

---

[1]) Wächter a. a. O. § 9 vertheidigt in der Hauptsache Folgendes: a) „Nicht jeder Miethcontract auf non modicum tempus gehöre hierher (denn das gehe über den Privatwillen weit hinaus), vielmehr nur derjenige, welcher mit dem Willen abgeschlossen werde, ein dingliches Recht zu begründen; daher sei dieser Vertrag von dem Miethvertrag wesentlich verschieden". Davon wissen die Quellen nichts, sie geben die in rem actio einem jeden, der non ad modicum tempus gemiethet hat, ohne jedes weitere Erforderniss. Nicht aus dem Parteiwillen geht die dingliche Klage hervor, sondern der Prätor knüpft die Klage an den auf Begründung eines Forderungsrechts gerichteten Willen der Parteien, weil er den vom ciuile ius gesetzten Schutz des Forderungsrechts in dem besonderen Fall nicht für ausreichend erachtet. — b) Wächter folgert weiter: weil keine eigentliche locatio conductio vorliege, deshalb habe das solarium nicht den Charakter des Miethgeldes; deshalb bleibe ferner der Rechtssatz ausser Anwendung, wonach dem locator bei lange ausbleibender Zahlung der merces die Befugniss der Austreibung zusteht. — [2]) Fr. 18 § 4 de damno infecto.

etwas anderes verstanden haben sollten als das civile ius, ist ohne besonderen Nachweis meines Erachtens unglaublich[1]).

Wenn also eine wahre locatio conductio vorliegt, so sind auch die rechtlichen Grundsätze derselben insoweit anzuwenden, als sie sich mit der Natur der in rem actio vertragen.

a) Das solarium ist nichts anderes als der Miethzins, dessen römische Bezeichnungen es ebenfalls führt.

b) Die Pflicht, dasselbe zu zahlen, erlöscht, wie bei der Hausmiethe, mit dem Untergang des Hauses[2]).

c) Da der dominus locator ist, so muss ihm, wie jedem anderen locator, das Recht zustehen, bei Nichtentrichtung des Zinses innerhalb zweier Jahre den Contract zu lösen. Die in rem actio des conductor steht jener Befugniss ebenso wenig im Wege, als das bei der Emphyteuse im Princip der Fall war[3]). Ja, die positive Verwerfung dieser Befugniss würde vielmehr hier als eine legislativ ungerechtfertigte Massregel erscheinen; denn gerade einerseits durch das Vorzugsrecht an der superficies des solarium wegen[4]), andererseits durch dieses Privationsrecht wird die Schwierigkeit gelöst, in welcher Art die Leistung des Zinses an der Singularsuccessor zu erzwingen sei[5]).

Aehnliche Bedenken scheinen mir einer anderweitigen neueren Auffassung entgegenzustehen. Pernice in seiner interessanten Abhandlung über die Beziehungen des öffent-

---

[1]) Die Wächtersche Auffassung fand sich, wie oben zu bemerken war, schon bei einem Theil der römischen Juristen, wenn auch nicht mit der Wächterschen Begründung. Sie wurde jedoch schon zu Gaius' Zeit von der Mehrheit der Juristen verworfen und es ist die Auffassung des begründenden Vertrags als locatio conductio im justinianischen Recht zweifellos festgehalten worden. — [2]) Das wird von Pomponius vorausgesetzt in Fr. 39 § 2 de damno infecto. — [3]) Das Austreibungsrecht des dominus wurde zwar von den Besitzern der Emphyteusen bestritten, ihrer Meliorationen wegen, allein Kaiser Justinian erkannte es ausdrücklich an, lediglich insofern eine Milderung zulassend, als er im allgemeinen dreijährige Nichtzahlung voraussetzt und nur zu Gunsten der Kirchen nachträglich auf das alte biennium zurückkommt: C. 2 de iure emphyteutico; Nou. 7 cap. 3 § 2. — [4]) S. S. 153 Anm. 1. 2. — [5]) Die entgegengesetzte Ansicht führt zu dem Resultat, dass wegen Nichtentrichtung des Zinses zwar derjenige Erbauer des Hauses ausgetrieben werden kann, der den Boden auf kurze Zeit gemiethet hat, nicht aber wer auf lange Zeit miethete.

lichen römischen Rechts zum Privatrecht[1]) glaubt die superficies, wie sie der Prätor zum dinglichen Rechte gestaltet hat, den von den Römern entwickelten Reallasten beizählen zu können. Er geht von der anerkannten Thatsache aus, dass das Institut seinen Ursprung in der öffentlichen Location habe und deshalb von dem Magistrat nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts durch pignoris capio und multae dictio zu verfolgen war. Als die superficies in das Privatrecht übernommmen wurde, habe sie den Charakter der Grundlast auch auf diesem Gebiete behalten. Das Natürliche scheint mir zu sein, dass die locatio loci publici nach den Grundsätzen des öffentlichen, die locatio loci priuati nach denen des Privatrechts zu behandeln war: und damit dürften die Quellen übereinstimmen.

VI. Der Prätor gibt hier, wie da, wo er schöpferisch ist gewöhnlich, gemäss seiner amtlichen Stellung lediglich actio; erst die Jurisprudenz übersetzt das in prätorisches Recht[2]). Die besondere Charakterisirung eines derartigen Rechts ergibt sich in der Regel aus der Natur der vom Prätor gewählten Klage, so z. B. begründet die utilis confessoria eine tuitione praetoria constituta seruitus[3]). In gleicher Weise ensteht da, wo der Prätor utilis rei uindicatio einräumt, in der Regel prätorisches Eigenthum. Aber das geschieht doch nur dann, wenn die Absicht des Magistrats dahin geht, dass die actio den vollen Eigenthumsinhalt in sich aufnehme[4]). Dass diese Absicht keineswegs in allen Fällen bestehe, dafür liefern ager uectigalis und superficies den Beweis. Was insbesondere die letztere betrifft, so hat der Besteller derselben, trotz der dem Superficiar gewährten utilis rei uindicatio, auch nach prätorischer Auffassung das alleinige Eigenthum am Boden und

---

[1]) Parerga II S. 90 ff. — [2]) Dieser Zusammenhang tritt besonders deutlich hervor, wenn es in Fr. 1 § 6 h. tit. (Ulpianus) heisst: et usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est. — [3]) Fr. 1 pr. quibus modis usus fructus; Fr. 9 § 1 usufructuarius quemadmodum; Fr. 1 § 9 de superficiebus. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 267. — [4]) Neben dem wenig bestimmten Ausdruck „res est in bonis alicuius" tritt in der classischen Zeit der Name „dominium" ungescheut hervor; insbesondere Gaius 2, 40 bezeichnet das „in bonis esse" als eine zweite Art des dominium.

folgeweise an der superficies, und zwar in der Weise, dass die rei uindicatio, insoweit sie das Eigenthum vertritt, allein ihm und selbst gegen den Superficiar zusteht [1]), und ebenso hat nur er die possessio aedium [2]). Daraus ergibt sich von selbst, dass das superficiarische Recht trotz der daraus folgenden Klage nichts anderes sei, als was wir ein ius in re aliena zu nennen pflegen, also dasjenige Recht an der Sache, welches das Eigenthum eines anderen anerkennt. Damit stimmen die Quellen. So sagt Ulpian von denjenigen, welche ihre auf öffentlichem Boden stehenden tabernae verkaufen, „non solum sed ius uendunt" [3]). Adrast beschreibt, wie wir gesehen haben, sein Recht durch die Worte „a solo sui iuris". Gaius spricht bei Gelegenheit der cautio damni infecti vom Superficiar als von einem „qui ius in ea re habet", gleich dem Pfandgläubiger und dem Usufructuar [4]), und endlich Julian trägt kein Bedenken, das Recht der superficies geradezu als seruitus zu bezeichnen [5]). Darin liegt die rechtliche Gebundenheit des Eigenthums durch das prätorische Recht des anderen.

Aber warum wählte der Prätor, wo es sich um die Begründung eines in das Nutzungsrecht des Eigenthümers eingreifenden ius in re aliena handelt, das Muster der rei uindicatio und nicht das anscheinend näher liegende der confessoria in rem actio?

Da bei der locatio conductio ein der Person zustehendes Recht in Frage steht, so würde durch die letztere Klage zum massgebenden Muster der ususfructus geworden sein. Nun aber ist dieser, weil an eine bestimmte Person gebunden, weder vererblich noch veräusserlich und erlöscht deshalb nicht bloss durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio; desgleichen, weil auch Gebundenheit an das Sachindividuum vorliegt, geht er unter mit dem Untergang des Hauses, dabei jedes Recht der Veränderung ausschliessend; endlich, weil von der Jurisprudenz als ein nicht zu begünstigender Eingriff in das Eigenthum angesehen, erlöscht er durch non usus. Da-

[1]) Fr. 1 § 4 de superficiebus. — [2]) Fr. 3 § 7 uti possidetis. — [3]) Fr. 32 de contrahenda emptione. — [4]) Fr. 19 de damno infecto; cfr. Fr. 30 de noxalibus actionibus. — [5]) Fr. 46 § 1 de legatis I. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 249.

gegen ist die locatio conductio fundi an das Individuum des Miethers nicht gebunden, die obigen Erlöschungsgründe finden bei ihr keine Anwendung, sie ist vielmehr vererblich, lässt sublocatio zu und überdies erscheint es, wo das Gebäude den conductor zum Urheber hat, in der Ordnung, dass diesem auch das Recht der Veränderung zustehe. Kurz, dieser Contract gewährt dem Inhaber eine derartige Freiheit, dass auf dem Gebiete des dinglichen Rechts lediglich das Eigenthum eine zutreffende Analogie darbietet: nichts wies daher auf die confessoria hin, alles auf die rei uindicatio.

Daraus folgt:

a) weil die superficies ein prätorisches ius in re aliena, deshalb gilt für sie die Analogie der Servituten;

b) weil die aus jener hervorgehende Klage nicht die utilis confessoria, sondern die utilis rei uindicatio ist, deshalb gilt gleichzeitig für sie die Analogie des Eigenthums.

Diese Doppelnatur hat nicht, wie man besorgen möchte, zu einer unklaren Vermischung zweier Principien geführt, vielmehr zu einem in der Hauptsache einleuchtenden und praktisch angemessenen Resultat.

VII. Die Natur des ius in re aliena tritt wesentlich in folgenden Punkten hervor.

Zuerst für die Form der Begründung gibt das Edict selber die hierher gehörige Anweisung. Wenn nämlich dasselbe erklärt, dass die dingliche Klage causa cognita ertheilt werden soll, und wenn die causae cognitio sich lediglich der Frage zuwendet, auf wie lange Zeit gemiethet worden sei: so knüpft es jene actio — und mithin das dingliche Recht — nicht etwa an die traditio[1]), auch nicht, wie das Interdict, an das „frui“ auf Grund des Miethcontracts, sondern unmittelbar an den Abschluss des Contracts selber. Daraus folgt: das prätorische Edict behandelte die Begründung dieses

---

[1]) Natürlich kann überhaupt nur von iuris quasi traditio die Rede sein. Da nun Gaius zwar das superficiarische Recht kennt, nicht aber die quasi traditio (2, 28), so ergibt sich, dass zur Zeit der Entstehung des superficiarischen Edicts an die letztere überhaupt nicht zu denken ist. Nachdem der Begriff der quasi traditio, im zweiten Jahrhundert von Iavolenus erfunden, praktische Anerkennung erlangt hatte, stand der Anwendung desselben auf die superficies nichts im Wege.



dinglichen Rechts nicht nach Analogie des prätorischen Eigenthums, sondern gleich den prätorischen Servituten. Ueberhaupt aber wird es prätorisches Princip sein: zwar zur Bestellung des obersten Rechts an der Sache, also des Eigenthums, gehört unter Lebenden Besitzesübertragung: dagegen für die Begründung aller iura in re aliena genügt die Form des Vertrags.

Wer weiter die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts annimmt — und ich neige zu dieser Annahme —, der hat nach diesen Vorgängen nicht die Ersitzung des Eigenthums, sondern die der Servituten als Muster anzuerkennen.

Ein zweiter Punkt, bei welchem die Natur des ius in re aliena sich herauskehrt, liegt, wie schon zu berühren war, auf dem Gebiete des Besitzes. Zwar sprechen die wenigen hierher gehörigen Quellenstellen von possessio und traditio [1], aber sie gehören solchen Schriftstellern an, welche, die alte Schärfe der Bezeichnung fallen lassend, unter dem Worte possessio beides verstehen, den eigentlichen und den uneigentlichen Besitz [2]. Da nun der Besitzer des Bodens ganz zweifellos auch an der superficies den eigentlichen Besitz hat, so folgt von selber, dass der Inhaber des superficiarischen Rechts nichts haben könne als iuris quasi possessio.

VIII. Während die Entstehung des superficiarischen Rechts nach dem Muster der iura in re beurtheilt wird, folgt das entstandene Recht im allgemeinen dem Muster des Eigenthums.

1) Für die Auslegung der „aliae actiones" des Edicts ging die römische Jurisprudenz davon aus, dass demjenigen, welchem die principale Eigenthumsklage zugestanden wird, consequenterweise auch alle anderen aus dem Eigenthum hervorgehenden Klagen zu gewähren seien [3]. Dabei ergibt sich einmal, dass auch sie nur causa cognita ertheilt werden: denn

---

[1]) a) Possessio: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. (Ulpianus); Fr. 13 § 3 de pignoribus (Marcellus). b) Traditio: Fr. 1 § 7 h. tit.; Fr. 12 § 3 cit. Vgl. Fr. 12 § 2. 3 de publiciana (Paulus). — [2]) So namentlich Ulpian: Bekkers Jahrbuch a. a. O. S. 257. — [3]) In Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione leitet Ulpian die confessoria und die operis noui nuntiatio des Superficiars aus der in rem actio desselben als eine selbstverständliche Folge ab.



sie beruhen auf dem zweiten Satz des Edicts; sodann dass sie, gleich der in rem actio, im allgemeinen als utiles actiones zu gestalten sind [1]).

Im einzelnen sind hervorzuheben: die confessoria aus den der superficies zustehenden Servituten [2]), von den Theilungsklagen die actio communi diuidundo [3]) und die familiae erciscundae [4]), endlich von den prätorischen Klagen die Publiciana in rem actio [5]) und das interdictum de ui [6]).

2) Daraus, dass dem Superficiar die Klagen des Eigenthümers utiliter zustehen, wird weiter gefolgert, dass ihm überhanpt die Rechte desselben einzuräumen seien [7]). Er

---

[1]) Das wird z. B. hervorgehoben in Fr. 1 § 6. 8. 9 h. tit. — [2]) Fr. 3 § 3 in Anm. 3 der S. 160. Vgl. Fr. 1 § 9 h. tit. — [3]) Fr. 1 § 8 h. tit. — [4]) Fr. 8, Fr. 10 familiae erciscundae. — [5]) Fr. 12 § 3 de Publiciana in rem actione (Paulus): Idem est [sc. Publiciana competit] et si superficiariam insulam a non domino emero. Wer ist dieser „non dominus"? Man hat den Ausdruck auf den verkaufenden Superficiar beschränken wollen: dann wäre statt einer gesuchten Bezeichnung einfach „a superficiario" zu erwarten. Jeder Superficiar ist „non dominus", aber nicht jeder „non dominus" ist Superficiar. — [6]) Fr. 1 § 4. 5 de ui (Ulpianus): — — Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, interdicto fore locum. — Der Jurist redet hier so, als ob dem Superficiar das Interdict als ein directum zustehe. Dem widerspricht, dass nicht dieser den eigentlichen Besitz hat, sondern der dominus. Da die Person des Klagberechtigten nicht besonders bezeichnet ist, so könnte man die Stelle dahin verstehen, durch die Austreibung des Superficiars sei der dominus dejicirt und es habe mithin dieser das Interdict. Da ich derartige Interpretationen nicht für gerechtfertigt halte, so bin ich der Meinung, dass auch hier nichts vorliege als ein ungenauer Ausdruck der späteren Zeit. In ähnlicher Weise spricht Paulus in Fr. 9 § 1 de ui von einem „deiectus ab usufructu", obgleich er recht wohl weiss, dass das nicht edictmässig genau sei. — [7]) Fr. 16 de pigneratitia actione (Paulus): Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. — Nicht in der Gewähr der utiles actiones im allgemeinen, sondern in der Zuständigkeit der in rem actio findet den Grund Ulpian in Fr. 1 § 6 h. tit.: quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est. — Klar ist, dass hier zunächst auf die Möglichkeit der Verpfändung hingewiesen werden soll; ebenso, dass die betreffenden Worte eine Corruptel enthalten. Man hat anstatt des unhaltbaren „petitori" von der einen Seite „pignori" vorgeschlagen, von der anderen „creditori". Ich halte die erste Vermuthung für wesentlich

kann daher einerseits der Superficies Servituten erwerben[1]), andererseits sie verpfänden[2]) und mit Servituten belasten[3]) und sie veräussern durch Verkauf[4]), Schenkung, Legat[5]). Er hat ferner die Befugniss, ihretwegen dem Nachbar operis noui nuntiatio zugehen zu lassen[6]). Ob er auch cautio damni infecti verlangen könne, war zwar, wie in anderen Fällen, Gegenstand des Zweifels, wurde jedoch schliesslich im bejahenden Sinne entschieden[7]).

---

näher liegend; sie führt weiter zur Streichung des nachfolgenden „in", als einer in Folge des falschen „petitori" vorgenommenen Einschiebung, nicht aber zu dem gekünstelten und unnützen „insuper". [Pothier sucht den Text zu retten durch Gegenüberstellung der actio de superficie und der actio in superficiem.] Das „constitui posse per utiles actiones" steht gleich der tuitione praetoria constituta seruitus.

[1]) Hierauf wird sich Fr. 1 § 9 h. tit. beziehen; denn von der Belastung mit Servituten ist schon in § 6 die Rede. [Unter dem in § 9 erwähnten interdictum, welches im Singular den utiles actiones an die Seite gestellt ist, wird das sachgemäss accommodirte interdictum de superficie zu verstehen sein.] Im übrigen kann es kaum zweifelhaft sein, dass wer die Sache mit Servituten belasten kann, dieser auch Servituten müsse erwerben können. — [2]) Fr. 1 § 6 in S. 160 Anm. 7; Fr. 13 § 2 de pignoribus (Marcianus); Fr. 15 qui potiores (Paulus); Fr. 6 § 2 (Paulus), Fr 17 (Marcianus) de pigneratitia actione. — [3]) Fr. 1 pr. quibus modis ususfructus (Ulpianus): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu [der Untergang durch capitis deminutio erfolgt auch da, wo im strengen Sinne kein ususfructus vorhanden ist, sondern lediglich auf Grund des prätorischen Rechts die actio de usu fructu, woraus ein quasi ususfructus allenfalls hervorgeht, Fr. 1 § 6: S. 160 Anm. 7], et parui refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an tuitione praetoria [Erläuterung des vorhergehenden Satzes]: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo uectigali uel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur. Fr. 1 § 6 h. tit. — [4]) Fr. 32 de contrahenda emtione (Ulpianus); Fr. 12 § 2. 3 de publiciana (Paulus). Vgl. § 3 I. de locatione et conductione. Dagegen rechne ich nicht hierher Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): die hier erwähnte superficies uendita ist das auf Abbruch verkaufte Gebäude. — [5]) Fr. 1 § 7 h. tit. (vgl. Degenkolb S. 37). — [6]) Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. Ulpian erkennt in dieser Stelle die Berechtigung des Superficiars zur Nuntiation an, gegenüber dem Zweifelsgrund. — [7]) Paulus in Fr. 18 de damno infecto stellt als Princip auf, die cautio damni infecti stehe demjenigen zu, „cuius in bonis res est"; die Durchführung unterlag jedoch manchen Zweifeln, deren Grund in der Erwägung bestand, ob die Fassung der stipulatio den betreffenden einzelnen Fall mit umfasse: Fr. 11 eod. tit. Was den Superficiar an-

3) Wem die Rechte des Eigenthümers zu Theil werden, der hat nach Recht und Billigkeit auch die Lasten desselben zu übernehmen.

Dem entspricht es, dass der Superficiar seines Gebäudes wegen cautio damni infecti zu leisten hat. Für die Art der Caution unterscheidet der Prätor durch den Satz „suo nomine promitti, alieno nomine satisdare iubebo" [1]). Dass hiernach der Eigenthümer lediglich zur stipulatio verpflichtet sei, war natürlich stets ausser Zweifel. Die Gleichstellung mit diesem ist zwar anderen von der Jurisprudenz zuerkannt worden, nicht aber, wie es scheint, dem Superficiar [2]), obgleich die Dinge sichtlich auf Gleichstellung hinwiesen.

Was die Steuern anlangt, so scheint das obige Princip zu einer Scheidung zu führen. Die Grundsteuern nämlich fallen dem Bodeneigenthümer zur Last, insoweit er den Nutzen desselben zieht in Gestalt des solarium; dagegen die Häusersteuer muss denjenigen treffen, dem das Haus nach prätorischer Anschauung ohne den Boden gehört, also den Superficiar.

---

langt, so galt es zu Ulpians Zeit für ausgemacht (hodie constat), dass die Formel der stipulatio auf ihn passe: Fr. 13 § 8 (Ulpianus), Fr. 18 § 4 (Paulus), Fr. 39 § 2 (Pomponius) de damno infecto.

[1]) Fr. 7 pr., Fr. 30 § 1 de damno infecto. — [2]) Wir begegnen hier, wie anderwärts, einer nicht zum reinen Abschluss gelangten Entwickelung. a) Labeo hält daran fest, „suo nomine" cavire nur der Eigenthümer; dagegen meint Ulpian, darunter falle auch „qui quodam modo de re sua cauet". b) Das freiere Princip ist von Ulpian selber durchgeführt, namentlich für den Inhaber einer Prädialservitut: Fr. 13 § 1 [quia suo nomine id facit, non alieno], Fr. 30 § 1 [gegen Labeo mit der gleichen Motivirung]; desgleichen für den bonae fidei possessor: Fr. 13 pr. [anderen Auffassungen gegenüber „quia suo nomine id facit, non alieno"]. c) Dagegen wird das Princip nicht festgehalten von Ulpian selber: α) für den Pfandgläubiger: in Fr. 11 (libro 53 ad edictum) erkennt er zwar, dass sich zu Gunsten jenes sagen lasse „suum ius tuetur", dagegen verlangt er in dem demselben 53. Buche entnommenen Fr. 15 § 25 von dem Pfandgläubiger satisdatio; β) für den Usufructuar; denn in Fr. 9 § 5 (ebenfalls seinem 53. Buche zugehörig) billigt er stillschweigend die satisdatio verlangende Ansicht des Celsus und in Fr. 15 § 25 thut er das ausdrücklich; γ) endlich den Superficiar anlangend, so theilt Ulpian in Fr. 9 § 4 den Ausspruch Julians mit, wonach jener satisdatio zu leisten hat, stillschweigend beipflichtend, wie in dem folgenden Paragraphen dem Celsus.

IX. Ueber die Gründe, aus denen das superficiarische Recht erlöscht, bieten die Quellen weniges. Aus der Natur der Sache folgt jedoch, dass hier abermals verschiedene Factoren mitwirken.

a) Weil das superficiarische ein Recht an der Sache ist, deshalb muss es, wie alle Sachenrechte, untergehen mit dem Untergang der dem Recht unterworfenen Sache [1]). Wenn nun wahr ist, was oben behauptet wurde, dass der Gegenstand des hier fraglichen Rechts die superficies bildet ohne den Boden, so ergibt sich von selber der Untergang des Rechts mit dem der concreten superficies [2]).

b) Weil das superficiarische Recht ein ius in re aliena ist, so muss dasselbe dem allgemeinen [3]) Grundsatz unterworfen sein, wonach niemand ein solches Recht haben kann an der eigenen Sache.

c) Weil endlich der Superficiar den Charakter des conductor keineswegs völlig abstreifte, deshalb hat, wie früher zu entwickeln war, der dominus das Recht, den Superficiar als seinen inquilinus auszutreiben bei dem Ausbleiben des Miethzinses durch lange Zeit.

---

[1]) Vgl. über diese bestrittene Frage einerseits Degenkolb S. 49, andererseits Wächter S. 116. — [2]) Ob der conductor soli das Recht habe, an Stelle des beseitigten ein neues Gebäude aufzuführen, ist eine Frage des Contracts, welche in der Regel zu bejahen sein wird. An dem Neubau erneuert sich auch das superficiarische Recht. — [3]) Der Satz ist in der Form „nemini res propria seruit" von der Jurisprudenz zuerst lediglich für die Servituten ausgesprochen worden, weil damals die Servituten die einzigen iura in re aliena waren. Nachdem der Prätor die Zahl der letzteren vermehrt hat, erweitert sich jener Satz zu einem allgemeinen Princip dieser: er gilt auch beim Pfand, der emphyteusis, der superficies.

XI.

Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia.

Von

Herrn Dr. **Hugo Krüger**
in Berlin.

Die Frage nach dem Ursprunge der römischen Consensualcontracte und damit der bonae fidei iudicia überhaupt ist durch die Habilitationsvorlesung von Carl Christoph Burckhardt: Zur Geschichte der locatio conductio (Basel, 1889) von neuem angeregt worden.

Das Problem ist ein vielseitiges. Im classischen Rechte waren die Consensualcontracte, gleichwie einzelne Realcontracte, sog. bonae fidei negotia und gehörten dem ius civile an. Darnach lassen sich für die Entstehung dieser Contracte folgende Fragen aufwerfen.

1. Gehörten die Consensualcontracte von Alters her dem ius civile an? Die heute herrschende Lehre verneint dies mit Recht [1]); aber dann fragt es sich weiter: wie kamen sie in das ius civile? Darin zwar ist man einig, dass die einzelnen Contracte nicht gleichzeitig entstanden und gleichzeitig klagbar geworden sind; höchstens könnten Kauf und Sachmiethe als Zwillingsgeschwister gelten. Aber ob sie alle auf gleichem Wege zur Klagbarkeit gelangten, und auf welchem Wege etwa, darüber ist man im Unklaren. Beispielsweise wird die locatio conductio zurückgeführt bald auf das ius gentium, bald auf einheimisches Gewohnheitsrecht, d. h. auf den römischen Privatverkehr selbst, bald auf die publicistischen Miethsverträge [2]). Ein einheitliches Princip für die Entstehung aller

---

[1]) s. Burckhardt S. 4 N. 4. — [2]) Die einzelnen Ansichten sind ausführlich besprochen von Burckhardt S. 16 ff., S. 54 ff.



Consensualcontracte liesse sich nur aus den ersten beiden Gesichtspunkten gewinnen.

2. Waren die Klagen aus den Consensualcontracten von Anfang an bonae fidei iudicia im Sinne des classischen Rechts, oder haben sie erst später diesen Charakter angenommen, so dass sie ursprünglich stricti iuris waren?

3. Wurden die Consensualcontracte vom Augenblicke ihrer Klagbarkeit an durch den blossen consensus perfect, oder haben sie sich zunächst als Realcontracte entwickelt[1])?

Von diesen drei Fragen ist die letztere die am wenigsten wichtige. Denn ob man nun ein anfängliches Realcontractsstadium annimmt oder nicht, so kehrt doch die zweite Frage nach dem Verhältniss der Klagbarkeit zur bonaefidei-Natur der Geschäfte schon für diejenigen Realcontracte des classischen Rechts, deren Klagen zu den bonae fidei iudicia gehören, selbständig wieder, und nur die eine Möglichkeit wäre durch jene Annahme eröffnet, dass den bonae fidei iudicia überhaupt ein einheitliches klagbegründendes Princip zu Grunde gelegen hätte, dessen Nachweis die folgende Abhandlung in der That versucht.

Von grundlegender Bedeutung ist dagegen die obige zweite Frage: wie verhalten sich Klagbarkeit und bonaefidei-Charakter zu einander? Besteht zwischen beiden kein innerer Zusammenhang, oder ist der letztere den Klagen von je immanent gewesen?

Beide Ansichten sind von den Neueren vertreten worden[2]), und im Sinne beider Theile lautet die obige Frage concreter gefasst: ist die Clausel ex fide bona ein ursprünglicher Bestandtheil der Formel: quidquid dare (facere) oportet ex fide bona[3]) oder ein späterer Zusatz?

Beide Ansichten treffen auch darin zusammen, dass sich der Begriff der fides bona unserer Clausel von Anbeginn an

---

[1]) s. Burckhardt S. 50 ff. — Nicht hierher gehören die Ansichten darüber, wie sich der Verkehr vor der Klagbarkeit der Consensual-, bez. Realcontracte mit den formellen Geschäften des ius civile (mancipatio, nexum, stipulatio) behalf: Burckhardt S. 48 ff. — [2]) s. Burckhardt N. 31 u. 32. — [3]) Ich sehe hier zunächst von der Meinung ab, welche die Klagen aus den Consensualcontracten in die Legisactionenzeit verlegt.



im wesentlichen mit dem der bona fides des classischen Rechts, natürlich auf dem Gebiete des Obligationenrechts [1]), decke, wobei eben von der inneren Fortbildung und Erweiterung des Begriffs abzusehen ist.

Bekanntlich ist nach heutiger Lehre die dem Vertragsrechte angehörige bona fides des classischen Rechts allgemein die Art und Sitte rechtlicher Leute als die objective Norm, nach welcher der Richter zu entscheiden hat. Insbesondere sind es zwei Dinge, welche der ex bona fide urtheilende Richter von Amtswegen zu berücksichtigen hat: einmal den dolus malus der Parteien und sodann das dem Willen der Parteien wie der Verkehrssitte in Ansehung von Nebenabreden und Nebenleistungen Entsprechende [2]).

Kurz gesagt, man dürfte darin einig sein, dass „die bona fides im Obligationenrechte stets nur ein Factor für die sachgemässe Ausweitung einer bestehenden actio" ist [3]), und mit diesem Satze wird zugleich ausgesprochen, „dass die bona fides mit der Erfüllungspflicht als solcher nichts zu thun hat" [4]), dass sie „sich also niemals auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten beziehe" [5]), d. h., dass die bona fides nie die Norm gewesen sei, welche die Verpflichtung zur Erfüllung der Hauptobligation beherrscht, dass sie kein „schulderzeugendes Princip" abgegeben habe.

Hängt nach dieser Lehre die bona fides mit der Klagbarkeit der sog. bonae fidei negotia nicht zusammen, so lässt sich ohne Kühnheit annehmen, dass die Klagen ursprünglich stricti iuris iudicia gewesen [5]), m. a. W., dass die Clausel ex fide bona kein ursprünglicher Bestandtheil der Klagformeln gewesen sei.

Man wird nun zugeben müssen, dass der geschilderte bonaefidei-Charakter, wie er uns im classischen Rechte als ausgereifter entgegentritt, sich erst entwickelt hat, nicht von Hause aus den Klagen beiwohnte; aber wäre es nicht trotz-

[1]) Die bona fides bei den dinglichen Rechten ist mit der obigen nicht wesensgleich: Pernice, Labeo II S. 143 f. Sie bleibt daher hier ganz ausser Betracht; insbesondere hat das bona fide emere mit unserer bona fides nichts zu thun. — [2]) Pernice, Labeo II S. 80 ff. — [3]) Pernice a. a. O. S. 144 N. 3. — [4]) Bechmann, Kauf I S. 629 N. 2, S. 475. — [5]) Bechmann a. a. O. S. 467. Burckhardt S. 13 f., S. 56.

dem möglich, dass die Formel von je die Clausel ex fide bona gehabt hätte?

Es kommt darauf an, einmal, ob wirklich im classischen Rechte bona fides und Erfüllungspflicht nichts mit einander gemein haben; und sodann, ob die fides bona der Clausel von je den classischen Begriff der bona fides vertreten habe, ob wir nicht vielmehr in ihr doch den klagbegründenden Factor zu suchen haben. Damit wäre zugleich die oben unter 1 aufgestellte Frage gelöst.

Der letzteren Auffassung sehr nahe kam Bekker, Actionen I S. 162. 164; bestimmt ausgesprochen haben sie Dernburg, Compensation² S. 57 [1]), Jhering, Geist⁴ III S. 488 (Text nach N. 661) und besonders deutlich Bernhöft, Staat und Recht S. 173 und Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 446 f.

Näher begründet ist diese Ansicht bisher nicht, und Burckhardt geht über sie ganz hinweg. Sie quellenmässig zu erweisen, ist der Zweck des folgenden Aufsatzes.

Zur Festsetzung des Beweisthemas ist noch eine Bemerkung vorauszuschicken.

Die oben erwähnte Meinung über das Wesen der bona fides, welche heute als die herrschende gelten kann, unterscheidet zwischen fides und bona fides, indem sie auf jene die Erfüllungspflicht zurückführt [2]), und insbesondere hat Pernice, Labeo I S. 408 ff. klargestellt, dass die fides die Grundlage einer Reihe von Verträgen ist.

Demgegenüber stelle ich folgende Sätze auf:

1. Die fides bona der Clausel ex fide bona ist ursprünglich die fides selbst im objectiven Sinne.
2. Sie beherrscht, wie diese, die Verpflichtung zur Erfüllung der contractlich verabredeten Hauptleistung; dies ist ihre principale Function auch noch im classischen Rechte.
3. Sie ist der klagerzeugende Factor gewesen, indem sie sich als eine Norm des ius gentium darstellt.

---

[1]) In seinen Pandekten II § 7 ist nicht mehr von bona fides, sondern nur von fides die Rede; s. aber auch Pand. I § 124. — [2]) Bechmann, Kauf I S. 475, S. 629. Pernice, Labeo II S. 144 N. 3.



4. Der bonaefidei-Charakter entwickelte sich, wahrscheinlich auf die Autorität des Q. Mucius Scaevola hin, aus der Clausel ex fide bona durch Interpretation der Juristen.

I. Fides und fides bona.

1. Dass die fides bona ursprünglich die nämliche Bedeutung wie die fides selbst hatte, liesse sich vielleicht so erklären, dass das Adjectiv bona nur zur Verstärkung des Begriffes hinzugefügt sei; man könnte damit die parallele Formel: ut inter b o n o s b e n e agier oportet, sowie das aequum (et) bonum vergleichen.

Wichtiger aber ist die Feststellung der ursprünglichen Bedeutung von fides selbst. Nach Ausweis der Lexica ist fides eigentlich das Vertrauen auf jemanden oder etwas. Hält man dem den Gegensatz von fides bona und fides mala gegenüber, so wird es wahrscheinlich, dass fides an sich ein farbloser Begriff, eine vox media s. anceps gewesen sei, und dass dieser indifferente Begriff seine nähere Bestimmung als Verund Zutrauen oder als Misstrauen erst durch die Beifügung der Adjectiva bonus und malus erhalten habe, wenn auch Gellius XII, 9, 1 unter den Beispielen der vocabula media et communia gerade die fides nicht nennt.

Auch in der hier massgebenden übertragenen Bedeutung wird demnach fides die Treue nach der positiven wie negativen Seite, im guten wie im schlechten Sinne, Treue und Treulosigkeit gewesen sein.

Die erstere Bedeutung wurde die überwiegende, so zwar, dass wir kein Zeugniss besitzen, in welchem fides allein die Treulosigkeit geradezu bedeutete.

Wohl aber giebt es einige wenige Zeugnisse, welche m. E. die ursprünglich indifferente Bedeutung von fides darthun, und in denen wir, da es uns an einem ähnlichen Begriff wie Ausdruck mangelt, fides mit Treulosigkeit wenigstens frei übersetzen können.

Zunächst sind es zwei Stellen von Cicero:

Phil. VI, 4, 11: quae potest esse maior fides quam fraudare creditores;

pro Rosc. Am. 40, 116: ad cuius igitur fidem confugiet, cum per eius fidem laeditur, cui se commiserit.

In der letzteren Stelle entsprechen sich: cuius fidem — eius fidem; eius wäre daher als genitivus subjectivus (dessen fides), nicht als objectivus (Vertrauen auf ihn) aufzufassen.

In beiden Stellen sodann dürfte nicht an eine Ironie, vielmehr an ein Wortspiel zu denken sein, das in den beiden Bedeutungen von fides seinen Grund hat.

Ein weiteres Zeugniss für die behauptete Bedeutung von fides ist in der alten Formel der fiducia bei Cic. de off. III, 17, 70 gegeben:

uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.

Wegen des propter te kann das fidemve tuam nicht heissen: Vertrauen auf dich, sondern nur: deine fides, und die Bedeutung von Treue ist hier unmöglich. „Dein Verhalten in Ansehung der Treue und Redlichkeit“ liessen sich die Worte etwa wiedergeben.

Hat hiernach fides in der That einen indifferenten Begriff in älterer Zeit vertreten, so wird es auch erklärlich, dass der peinlich gewissenhafte Sprachgebrauch derselben die fides in f. bona und f. mala schied.

Genau so war dolus eine vox media[1]): es gab einen dolus malus und einen dolus bonus; den letzteren Ausdruck nennt Ulpian (wohl nach älteren Quellen) in L. 1 § 3 D. 4, 3.

So ist es denn von Anfang an wahrscheinlich, dass die fides bona unserer Clausel ursprünglich keine andere Wortbedeutung gehabt habe als fides im guten Sinne.

2. Bekräftigt wird diese Annahme durch die Beobachtung, dass, gleichwie beim Terminus dolus malus das Adjectiv dem Substantiv folgt, ebenso der ältere juristische Sprachgebrauch — den vulgären werde ich nachher berühren — nie die technische Wendung des classischen Rechts: bona fides, sondern durchgängig fides bona setzt. Dementsprechend finden wir in den Digesten nur die Stellung: mala fides; aber noch Cicero de nat. deor. 3, 30, 74 sagt dafür: fides mala, im deutlichen Gegensatze zur fides bona.

Die fides bona ist also eine vollständige Parallele zum

---

[1]) Die Zeugnisse s. bei Pernice, Labeo II S. 61 N. 2 und 3.



dolus malus. Aber während der Terminus dolus malus in dieser Wortstellung sich im ganzen römischen Rechte erhielt und mit dem dolus (in dem später ausschliesslich schlechten Sinne) begriffseins blieb, hat sich einer besonderen Entwickelung zufolge die fides bona von der fides (im hauptsächlichen, guten Sinne) getrennt und ist als sog. bona fides ein selbstständiger Begriff geworden, so dass sich als Gegensätze ergeben: fides bona — fides mala und: bona fides — dolus (malus).

So gewiss die bona fides des classischen Rechts aus der alten fides bona der Formel entwickelt wurde, so muss man doch eben als festen Ausgangspunkt nehmen, dass die ursprüngliche, formelmässige fides bona ein ander Ding gewesen ist als die spätere bona fides. Hiernach kann die Aenderung des juristischen Sprachgebrauches schwerlich ein Zufall sein. Der ältere Sprachgebrauch stellt das Adjectiv nach, nur um den positiven Sinn von fides im Gegensatze zur fides mala unzweifelhaft festzustellen, also um erst den Ausdruck für den positiven Begriff zu gewinnen; für den einmal gegebenen guten Sinn von fides selbst wäre der Zusatz bona unwesentlich, überflüssig: er „qualificirt“ [1]) die fides als einen indifferenten Begriff, aber er qualificirt die fides im guten Sinne nicht weiter.

Der neuere juristische Sprachgebrauch dagegen setzt den positiven Begriff von fides selbst voraus und macht innerhalb dieser neuen Gattung durch Vorsetzung des Adjectivs bona einen Artunterschied.

3. Jener ältere Sprachgebrauch reicht mindestens bis auf Cicero; meines Wissens ist weder bei ihm noch vor ihm die bona fides als juristisches Kunstwort zu finden. Ich lasse die älteren Zeugnisse für die fides bona folgen, möchte aber, um nicht missverstanden zu werden, noch einmal bemerken, dass es mir nur auf den älteren Sprachgebrauch als solchen ankommt, weil dieser mir für die Erkenntniss des ursprünglichen Begriffes schlüssig zu sein scheint, und dass es deshalb

---

[1]) Bechmann, Kauf I S. 617: „Dass die bona fides eine Art und zwar eine qualificirte Art der fides selbst ist, liegt ohne Weiteres schon im Ausdruck.“

gleichgiltig ist, dass in den Zeugnissen seit Mucius Scaevola der ursprüngliche Begriff der fides bona bereits in der Richtung nach der neueren bona fides erweitert ist.

A. Die Formel ex fide bona:

a) quidquid dare facere oportet ex fide bona:
lex Rubria c. 20 bis.
Cicero de off. III, 15, 61; 16, 66; 17, 70. top. 17, 66.
Valerius Maximus VIII, 2, 1. — Probus (Einsidl.) 8.
Gaius IV, 47 (wohl nach dem Julianischen Edictsalbum).

b) die exceptio doli des Q. Mucius Scaevola bei Cic. ad Att. 6, 1 § Ego:
extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona.

B. Im unmittelbaren Anschluss an die obige erste Formel:
Mucius bei Cic. de off. III, 17, 70:
fideique bonae nomen existimabat manare latissime.
Cicero de off. III, 16, 67: ergo ad fidem bonam statuit pertinere.
top. 17, 66: illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum.
sowie de nat. deor. 3, 30, 74: inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt.

C. Fraglich, ob im Anschluss an die Formel:
Cato de r. r. c. 14: nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II.

4. In der classischen Jurisprudenz ist der Ausdruck bona fides zum feststehenden Terminus geworden. Wie tief er eingewurzelt ist, beweist am besten die Thatsache, dass, während das Julianische Edictsalbum an der althergebrachten Clausel ex fide bona festhielt (arg. Gaius IV, 47) und hiernach zweifellos in praxi vom Prätor auch später noch die einzelne formula immer mit dieser Clausel gegeben ward, die classischen Juristen kein Bedenken trugen, von diesem officiellen Sprachgebrauch sogar in der Wiedergabe der edictmässigen Formel zu Gunsten der wissenschaftlichen Terminologie abzuweichen.

So

Gaius 3 aureor. L. 5 pr. D. 44, 7 bis (von der actio mandati und neg. gest.):

quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; ähnlich Gaius III, 155.

Paul. 5 respons. (ex locato et conducto) L. 54 pr. D. 19, 2: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit[1]).

Dazu kommen noch die häufigen Stellen, in denen die Worte ex bona fide in unverkennbarem Anklang an die Formel gebraucht werden:

Gaius L. 46 § 4 D. 3, 3. Ulp. L. 11 D. 16, 3. L. 3 § 8 D. 27, 4. Paul. L. 21 § 4 D. 4, 2 (?). Callistr. L. 33 pr. D. 26, 7,

und insbesondere die Wendung: ex bona fide esse[2]):

Julian L. 22 § 4 D. 17, 1. African L. 51 pr. D. 21, 1; L. 50 pr. D. 23, 3; L. 47 (46) D. 28, 5. Paul. L. 22 § 4 D. 17, 1.

5. Wir dürfen hieraus schliessen, dass die classischen Juristen nicht selten die von ihnen wörtlich ausgeschriebenen oder frei bearbeiteten älteren Vorlagen, in denen noch die alte Wendung fides bona stand, umgeändert und nach ihrer Meinung richtig gestellt haben.

Ausnahmslos ist es freilich nicht geschehen; es ist nur natürlich, dass sich nicht alle Spuren des alten Sprachgebrauches in den Schriften der classischen Juristen verwischt haben. Wo wir bei ihnen noch die fides bona antreffen[3]), da werden wir grösstentheils entweder Anlehnung an die Formel oder Entlehnung aus den Schriften der veteres annehmen können.

6. Auf Anlehnung an die Formel dürfte z. B. zurückzuführen sein:

1) Julian 8 digest. (comm. div.) L. 24 pr. D. 10, 3 und Gaius 7 ad ed. prov. (comm. div.) L. 45 D. 41, 1

---

[1]) Oefters wird die Formel ohne die bonafides-Clausel angegeben: Gaius IV, 60; 131 a. Paulus L. 16 D. 34, 3; L. 89 D. 45, 1. Modestin L. 19 D. 34, 3. — [2]) Vgl. dazu Tryphonin L. 31 § 1 D. 16, 3: est ex fide bona. — [3]) Fides mala findet sich, wie schon gesagt, in den Digesten nach Ausweis des Index nicht.

(ohne Quellenangabe): quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus (sc. communis) adquisierit.

Ob dieser Satz aus älteren Quellen geschöpft ist, ist nicht erkennbar [1]); jedenfalls stellt ihn Julian, worauf Lenel, Paling. mit Berufung auf sein edict. perp. S. 165 N. 8 aufmerksam macht, in unmittelbarem Bezug auf die Formelworte: ex fide bona auf.

2) Ulp. 10 ad edict. (de neg. gest.) L. 5 § 6 (4) D. 3, 5: quia nec fides bona hoc patitur.

Möglich, dass diese Worte auf Labeo, der im § 6 selbst, sowie in § 5 und § 8 angeführt wird, zurückgehen. Aber auch hier ist zu bemerken, dass Ulpian an dieser Stelle ad formulam handelt, und wenn auch von L. 3 § 10 bis L. 5 § 14 von der demonstratio (Lenel, Paling. II S. 455 N. 3), so blickt doch die obige Begründung auf die intentio: ex fide bona hin.

3) Tryphonin 9 disput. (de deposito) L. 31 § 1 D. 16, 3: est ex fide bona (vgl. dazu oben S. 173 Text zu N. 2).

Tryphonin spricht sonst in dieser Stelle nur von der bona fides.

7. Entlehnungen aus den Schriften der veteres lassen sich nachweisen bez. vermuthen in folgenden Stellen:

1) Paulus 34 ad edict. (loc. cond.) L. 24 pr. D. 19, 2: fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

Schon der Thatbestand, locatio operis mit lex dicta, weist in die Zeit der Republik, und vollends die gleiche Entscheidung in einem ähnlichen Falle führt Ulpian 28 ad Sab. L. 7 pr. D. 18, 1 (dazu Ulp. ibid. L. 22 § 1 D. 50, 17) als ein placitum der veteres an.

2) Paulus 32 ad edict. (pro socio) L. 3 § 3 D. 17, 2: fides bona contraria est fraudi et dolo.

Es dürfte dies ein vorclassisches Rechtssprichwort gewesen sein, nach welchem jedenfalls schon Ofilius und Labeo in L. 16

---

[1]) Vgl. etwa Gaius 3 de verb. oblig. L. 28 § 1 D. 45, 3: magis placuit: der so bezeichnete Standpunkt dürfte der neuere sein.



§ 1 D. 4, 4 bei Ulp. 11 ad edict. in derselben Frage entschieden haben: s. Pernice, Labeo I S. 451.

3) Labeo l. poster. bei Pompon. 7 ex Plaut. L. 21 pr. D. 40, 7:

erit autem ei diligentiae coniuncta fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo,

und in etwas veränderter Fassung, aber ebenfalls mit der fides bona, jedoch ohne Quellenangabe bei demselben Pompon 5 ad Sab. L. 8 D. 40, 4. Also sicher ein Zeugniss Labeos, vielleicht eines früheren Juristen; denn wie wir nachher sehen werden, folgt Labeo bereits dem neuen Sprachgebrauche.

4) Trebatius[1]) bei Pompon. 32 ad Sab. (de poss. et usucap.) L. 4 pr. D. 41, 10:

si ancillam furtivam emisti fide bona.

Also Trebatius setzt fides bona sogar im Sachenrechte!

5) Vermuthungsweise lässt sich beim iudicium fidei bonae (so die Flor.) in L. 84 § 5 D. 30 Julian, schwerlich[2]) beim contractus fidei bonae (so die Flor.) in L. 108 § 12 D. 30 African an einen Terminus der veteres denken. Ferner mag Ulpian 3 opin. L. 3 § 2 (L. 2 § 13) D. 50, 8: explorata lege conductionis fides bona sequenda est den veteres folgen.

8. Schon die zuletzt genannten Stellen zeigen, dass es nicht möglich ist, alle in den Digesten vorkommenden Stellen mit fides bona auf einen der beiden genannten Gesichtspunkte mit einiger Sicherheit zurückzuführen. Dies trifft insbesondere noch für folgende Stellen zu:

1) Papinian 20 quaest. L. 3 § 2 D. 22, 1, wo es mit Bezug auf das fideicommissum eius quod superest heisst: quae fide bona deminuta sunt. Fide bona bedeutet hier nicht etwa: in gutem Glauben, wie derselbe Jurist 19 quaest. L. 56 (54) D. 36, 1 beweist: verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Das genannte Fideicommiss dürfte erst der Kaiserzeit an-

---

[1]) Cuiacius will freilich: Neratius lesen. — [2]) Das Wort contractus verwenden die älteren Juristen nur selten: Pernice in Zeitschr. der Sav.-Stiftung Rom. Abth. 9 S. 219.

gehören: nur Papinian erwähnt es[1]), mit einmaliger Berufung auf ein Rescript des Marcus.

2) Ulpian 5 opin. L. 3 D. 50, 13:
ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet.

3) Marcian 2 de iud. publ. L. 6 pr. D. 48, 3:
idem de irenarchis praeceptum est, quia non omnes ex fide bona elogia scribere compertum est.

Das praeceptum stellten wohl Mandate oder Rescripte etwa von Hadrian und Pius auf: L. 6 pr. § 1 D. ibid.

4) Aus nachclassischer Zeit ist z. B. anzuführen L. 18 C. 2, 18 (19) Diocletian: fides bona suasit (nicht suadet).

9. Aus den in Nr. 7 zusammengestellten Zeugnissen dürfte hervorgehen, dass die veteres den neuen Sprachgebrauch noch nicht kannten; Trebatius spricht auch von fides bona im Sachenrecht[2]). Dazu passt der Sprachgebrauch des ungefähr gleichaltrigen Cicero durchaus.

Dass mit Labeo der neue Sprachgebrauch anhebt, ist wahrscheinlich. Zwar wird auch er die alte Wendung dann beibehalten haben, wenn er Aussprüche seiner Vorgänger citirte: die obige Trebatius-Stelle stammt doch sicherlich aus seinen Werken. Im übrigen giebt es Originalstellen von ihm mit der einen oder anderen Wendung nicht; doch haben wir wohl bei Ulpian in L. 7 § 10 D. 2, 14, wo bona fide im Gegensatze zu dolus und fraus steht, Labeos eigene Worte vor uns[3]).

Den Juristen nach Labeo ist die bona fides, natürlich im

---

[1]) So noch in L. 70 § 3, L. 71, L. 72 D. 31, L. 60 (58) §§ 7. 8 D. 36, 1. — [2]) Ob die Stelle des Trebatius vereinzelt dasteht, könnte sich fragen; nach Venuleius L. 4 § 1 D. 43, 29 hätte Trebatius bona fide emere gesagt. Immerhin ist es das wahrscheinlichste, dass der ältere juristische Terminus im Vertrags- wie im Sachenrechte der gleiche war. Die Formel der actio Publiciana nach Ulp. L. 7 § 11 D. 6, 2: qui bona fide emit bleibt zweifelhaft: Pernice, Labeo II S. 158 ff. Dernburg Pand. I § 228 N. 3 und andererseits Lenel edict. perp. S. 131; ebenso das bona fide vendere des Q. Mucius (meus hat die Flor.) in L. 23 pr. D. 40, 12. Doch soll hier auf diese Frage kein Gewicht weiter gelegt werden. — [3]) In L. 2 D. 27, 6, Labeo bei Paulus, steht bona fide im vulgären Sinne.

juristischen Sinne, um die es sich hier allein handelt, ganz geläufig. Es genügt zu verweisen einmal auf Proculus:

5 epistul. L. 78 D. 17, 2: iudicium pro socio bonae fidei est;
6 epistul. L. 68 D. 18, 1 und bei Paulus L. 17 (18) D. 3, 5: bonam fidem praestare

(sowie bei Pompon L. 21 pr. D. 41, 1: bona fide servire); und sodann auf Sabinus, dessen eigene Worte ich in L. 11 D. 16, 3 Ulp.: ex bona fide und convenit bonae fidei zu finden glaube; denn „Sabinus hoc explicuit"; vgl. andererseits das bona fide emere und bona fide emptor bei Paulus L. 27 D. 18, 1 = fr. Vat. 1 und L. 9 D. 42, 8.

So rechtfertigt sich die Behauptung, dass die Wendung bona fides erst der classischen Jurisprudenz angehört, dieser aber von Anbeginn; möglich, dass Labeo selbst den neuen Sprachgebrauch eingeführt hat.

10. Fassen wir die bisherigen Ausführungen kurz zusammen, so lautete der ältere juristische Sprachgebrauch: fides bona, und unter derselben stellen wir uns die fides im guten Sinne im Gegensatze zur fides mala vor.

Indessen decken sich die Begriffe von fides bona in unserer Clausel und von fides im guten Sinne doch nicht vollständig; der Begriff der ersteren fordert eine Einschränkung, welche freilich in der Wendung selbst nicht zum Ausdruck gelangt, sondern auf dem Sprachgebrauch beruht.

Die positive fides kann subjectiv und objectiv verstanden werden: als Treue, redliches Verhalten des Einzelnen innerhalb eines gegebenen obligatorischen Verhältnisses und als das Verhalten eines redlichen Mannes, welches für das erstere eine objective Norm abgiebt.

Die subjective Bedeutung von fides ist auf dem Privatrechtsgebiet die vorwiegende (fide tua esse iubes; fidei tuae committo u. s. w.).

Dagegen die fides bona der Clausel bezeichnet immer nur einen objectiven Massstab, welcher in dem Verhalten eines redlichen Mannes (vir bonus) gegeben ist[1]), wie dies schon aus der Präposition ex hervorgeht.

---

[1]) So namentlich Pernice, Labeo II S. 80 f. — Dasselbe gilt von den „boni mores": L. 15 § 6 D. 47, 10 Ulp.



Fides bona ist also nicht die positive fides schlechthin, sondern die positive fides in einem engeren, nämlich im objectiven Sinne.

Ein specifischer Unterschied im Begriffe der fides im allgemeinen und der fides bona im besonderen, d. h. in ihren Richtungen und Beziehungen, ist damit nicht begründet; nur der Standpunkt, von welchem man das mit fides bezeichnete Verhalten des Einzelnen betrachtet, kann ein verschiedener sein.

Demnach werden fides bona und fides, auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts, promiscue gebraucht.

11. Erwähnenswerth ist in dieser Beziehung zunächst die dem vulgären Sprachgebrauche angehörige Wendung bona fide, welche sich zuerst bei Plautus[1]) findet, und die dem feststehenden juristischen Sprachgebrauche der älteren Zeit gegenüber ebenso typisch ist, gegen diesen selbst aber freilich keinen Gegenbeweis liefert.

Sie bedeutet bei den Komikern: ehrlich, wahrhaftig. Später ist diese Bedeutung ganz verblasst; so bei Cicero de leg. agrar. II, 37, 100: polliceor hoc vobis bona fide, wofür er bald darauf (II, 37, 103 i. f.) sagt: pro certo polliceor; so ferner bei Quintilian (unten N. 1).

Bei Plautus und Terenz erinnert die Phrase an den Gegensatz von dolus malus (ebenfalls im vulgären Sinne): „sagst du die Wahrheit oder belügst du mich?“ Sie findet ihr Seitenstück in der häufigen Wendung: haud dicam dolo, sowie in dem: dico sedulo (s. Pernice, Labeo II S. 61 N. 3 und S. 74 N. 1)[2]).

---

[1]) Die Belege bei Pernice, Labeo II S. 75 N. 3; dazu noch Plaut. Most. III, 1, 140: bonan' fide? — si quidem es argentum redditurus, tum bona; si redditurus non es, non emit bona. Pseud. IV, 6, 33: bonan' fide istuc dicis? Poen. I, 3, 30: bona dicam fide? — Quintilian inst. orat. X, 3, 23: neque enim se bona fide in multa simul intendere animus totum potest. — Degegen dürfte wohl Cato de r. r. 14, 3: et nummos fide bona (sic!) solvat zu streichen sein: die Stelle wird weiter unten zur Sprache kommen. — [2]) Vielleicht gerade deswegen, weil sich in dieser vulgären Wendung der Gegensatz zum dolus so ausgesprochen hervordrängt, steht in ihr das Adjectiv voran. Die Formel ex fide bona dagegen setzt ursprünglich einen ganz anderen Gegensatz voraus: nämlich ex iure civili (unten Abschnitt III).

Auf der anderen Seite sagt Plautus anstatt: bonan' fide? im ungefähr gleichen Sinne: tuan' fide? z. B. Capt. IV, 2, 102. Wahrscheinlich tritt uns hier nur der Unterschied von fides im objectiven und im subjectiven Sinne entgegen und setzen beide Wendungen den Gegensatz von dolus malus (im vulgären Sinne).

12. Nach der Formel der fiducia: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem äussert sich die fides (als mala) in der Begehung einer fraus (fraudare)[1], und in dieser Beziehung hat demnach die positive fides bereits die Function und Bedeutung der späteren bona fides: sie erfordert Abwesenheit der fraus. Die entsprechende Clausel der Formel der Peculienklage lautet nach L. 36 D. 15, 1 geradezu: si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. Im übrigen ist es sicher, dass der Fiduciar bonam fidem prästiren muss, wie wenn die Klagformel die Clausel: ex fide bona gehabt hätte (Mucius Scaevola bei Cic. de off. III, 17, 70). Also die objective fides bona und die subjective fides treffen auf demselben Gebiete zusammen: beiden widerspricht die fraus.

13. Belangreicher und weitgreifender als die besprochenen vereinzelten Erscheinungen ist die Thatsache, dass Cicero im Zusammenhange mit den bonae fidei iudicia häufig von der fides allein spricht. Die Hauptstelle dafür ist de nat. deor. III, 30, 74 (oben S. 172); hier entspricht den Worten de fide mala mit Bezug auf Tutel, Mandat, societas und fiducia das nachfolgende contra fidem mit Bezug auf Kauf und Miethe, und die fides mala bildet hier den deutlichen Gegensatz, sachlich wie sprachlich, zur fides bona[2]. Cicero setzt also die fides (im objectiven Sinne) der fides bona gleich.

---

[1]) Es gehören zusammen: propter te und captus (dolus) einerseits und (propter) fidemve tuam und fraudatusve (fraus) andererseits. Unter fraus dürfte der dolus praesens im Gegensatze zum dolus praeteritus zu verstehen sein. — Ueber das Verhältniss der bona fides zum dolus s. Pernice, Labeo II S. 83 ff.; über die obige Formel ibid. S. 82. —

[2]) So auch Bechmann, Kauf I S. 648. S. 617 N. 1; nach Pernice, Labeo II S. 145 bezieht sich die fides mala auf die Verletzung der fides selbst. Beides lässt sich, wie oben geschehen, vereinigen.

Man könnte hierin nun zwar ein vereinzeltes Vorkommniss sehen und eine derartige Abwechselung zwischen fides bona und fides leicht begreiflich finden[1]; allein bei Cicero liegt die Sache doch anders.

Von der fides bona spricht er nur in zwei Stellen, und in diesen obenein in Anknüpfung an die unmittelbar vorhergenannte Formel ex fide bona[2]; mit dem iudicium de fide mala aber in der eben angeführten Stelle citirt er gewissermassen die Formel selbst. Im übrigen findet sich die fides bona (oder mala) bei ihm nicht mehr, und dies ist um so auffallender, als er sich sehr häufig mit den hierher gehörigen negotia beschäftigt.

Diese Thatsache wird nun freilich verständlicher einerseits dadurch, dass er mit Vorliebe, wie z. B. in den Officien, auf das Verhalten eines vir bonus verweist, welches seit dem letzten Jahrhundert der Republik, sicher seit Mucius Scaevola, mit der fides bona verselbigt wird, oder dass er allgemeinere, untechnische Ausdrücke verwendet[3].

Andererseits aber und insbesondere erklärt sich jene Erscheinung daraus, dass er eben an die Stelle der formelmässigen fides bona die fides selbst setzt: kein Zweifel, dass ihm beide begrifflich identisch sind. Jener erstere Terminus mag ihm als ein archaisches Formelwort erschienen sein, und wir wissen, wie er sich über den juristischen Formelkram lustig machte. Begriffsbestimmend war für ihn das Adjectiv bona jedenfalls nicht; so liess er es als überflüssig weg oder ersetzte es wohl auch durch ein anderes (magna fide) oder steigerte es zum Superlativ (optima fide). Dabei ist ihm denn freilich unversehens eine Vertauschung der objectiven fides mit der subjectiven mituntergelaufen; aber man ersieht doch

---

[1]) Wie Bechmann a. a. O. S. 617 N. 1 urtheilt. — [2]) De off. III, 16, 67; top. 17, 66; ebenso in de off. III, 17, 70, wo Cicero den Mucius reden lässt. — [3]) So spricht er von der iustitia ad rem gerendam (Kauf und Miethe) necessaria: de off. II, 11, 40, und dazu fides iustitiaque: ibid. III, 20, 79; 82. 29, 104; vgl. I, 7, 23 und partit. orat. 22, 78; ferner vom aequus, facilis in omni re contrahenda: de off. II, 18, 64; von einem perfidus, improbus, malitiosus Verkäufer: ibid. III, 14, 60, und von der iniusta aut improba venditio: ibid. III, 13, 54.

auch hieraus, wie wenig ihm die fides bona ein besonderer Treubegriff war.

14. Die Bedeutungsgleichheit der (objectiven) fides mit der fides bona tritt in den einzelnen Stellen Ciceros, welche sogleich aufgezählt werden sollen, bald mehr, bald weniger hervor; aber es ist nicht zu vergessen, dass er selbst die zuerst von Mucius Scaevola bezeugte Lehre von den iudicia, in quibus additur ex fide bona, uns überliefert hat, und dass er sie aus Theorie wie Praxis zur Genüge kannte. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Thatsache zu würdigen, dass er trotz der vielen Anlässe den terminus technicus fast geradezu vermeidet und sich häufig mit der fides allein begnügt.

Ausser der obigen Stelle lassen sich noch folgende anführen:

de off. I, 7, 23: fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas[1]); vgl. ibid. I, 10, 31: veritas et fides.

partit. orat. 22, 78: iustitia . . . creditis in rebus fides . . . nominatur.

de off. I, 5, 14: rerum contractarum fides.

III, 19, 77: fides alicuius bonitasque, wo bonitas die Eigenschaft eines vir bonus bedeutet und mit fides (hier im subjectiven Sinne) wohl synonym steht.

I, 10, 31, wo vom reddere depositum gesagt wird: 1) pertinet ad fidem, 2) es ist die Pflicht eines Mannes, quem virum bonum dicimus. Also auch hier fides = bonitas, so dass die Frage, ob Cicero die in ius concepta formula depositi kannte, für unsern Zweck auf sich beruhen kann.

in Catil. II, 11, 25: hinc fides, illinc fraudatio.

pro Quinct. 3, 13: qui magna fide societatem gererent, arbitrium pro socio condemnari solerent.

6, 26: si . . . fide societas . . . colitur, . . . perfidiosum.

---

[1]) Bechmann, Kauf I S. 662: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass kraft der bona fides die Dikta schon frühzeitig als rechtsverbindlich anerkannt worden sind.“

top. 10, 42: si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator; vgl. dazu das bonam fidem praestare in der Nummer 16 auf S. 183.

pro Sext. Rosc. 49, 144: si nulla in re te fraudavit, si tibi optima fide[1]) sua omnia concessit, adnumeravit, adpendit.

in Verr. II, V, 69, 177: reliquum iudicium iam non de mea fide . . . futurum: enthält eine Anspielung an die obengenannten iudicia de fide mala.

15. Auch noch bei den classischen Juristen steht bisweilen die blosse fides im Sinne der bona fides. So namentlich in der Wendung: ex fide, wo, nach der Präposition ex zu schliessen, die fides den objectiven Sinn, ganz wie die bona fides, vertritt.

Rescript von Marcus (bei Ulp.) L. 37 D. 40, 5 und Paulus L. 53 D. 40, 4: rationem (actus sui, vom Sklaven) ex fide reddere, dare.

Scaevola L. 60 § 4 D. 17, 1: quatenus res ex fide agenda esset, mandasse.

Tryphonin L. 67 § 6 D. 23, 2: qui bene tutelam et ex fide administravit; zu bene et ex fide vgl. die Formel: ut inter bonos bene agier oportet.

Ulpian L. 19 D. 26, 7: si non ex fide curam gerat[2]).

Insbesondere mit dem in der ersten Stelle genannten rationem reddere ex fide des Sklaven ist zur Erhärtung des Gesagten zusammenzustellen:

African L. 32 D. 35, 1: bona fide redditas esse rationes und L. 22 i. f. D. 40, 4: ex aequo et bono rationes reddere;

Proculus, Pegasus, Neratius bei Paulus L. 17 (18) D. 3, 5: bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere.

---

[1]) Fides optima findet sich bei Cicero: pro Flacc. 40, 102: quum tuae fidei optimae et spectatissimae salutem urbis et civium commendabam; Phil. XI, 5, 11: ego defendi fide optima, wofür sonst auch fide defendere: pro Ligar. 2, 6 und in Q. Caec. div. 21, 67. — [2]) Dazu noch etwa: Rescript (von Pius?) bei Macer und Ulpian L. 4 § 4, L. 14 pr. D. 49, 1: ex fide causam defendere, agere.

Die übrigen angeführten Stellen sprechen für sich selbst.

16. Eine andere hierher gehörige Wendung ist fidem praestare. Sie bedeutet in der Regel die Erfüllung einer Verpflichtung; so pacto, transactioni fidem praestare (Ulp. L. 52 § 1 D. 2, 14; L. 27 pr. D. 5, 2) und beim Fideicommiss (Celsus und Ulp. L. 5 § 15 D. 24, 1; Julian bei Callistr. L. 3 pr. D. 49, 14. Paulus L. 40 pr. D. ibid.).

Zuweilen aber geht sie, wie auch die obige Wendung ex fide, dem bonam fidem praestare parallel. Es stehen sich nämlich gegenüber:

a) bei der Tutel:
 fidem praestare (exhibere): Pompon. 16 ad Q. Mucium L. 4 D. 27, 5; Tryphonin L. 37 (38) D. 3, 5; Ulp. L. 8 D. 26, 1 — und
 bonam fidem praestare: Julian bei Ulp. L. 5 § 7 D. 26, 7.

b) beim Mandat und der negotiorum gestio:
 fidem praestare: Tryphonin l. c.; Paulus L. 22 § 5 D. 17, 1; Ulp. L. 6 § 5 D. 3, 2 — und
 bonam fidem praestare: Paulus L. 59 § 1 D. 17, 1 [1]); Ulp. L. 10 pr. D. ibid. (vgl. dazu L. 8 § 9 § 10 D. ibid.: dolo facit, qui non restituit).

Zu der Wendung bonam fidem praestare ist noch zu bemerken, dass sie erst seit Proculus begegnet, und dass sie möglicher Weise, nicht nothwendig, die subjective Bedeutung auch von bona fides darthut [2]). Hält man an der objectiven Bedeutung fest, so wird man sie auch dem blossen fidem praestare beilegen können.

Sonach ergiebt sich aus den bisherigen Erörterungen für die fides bona der Clausel der ursprüngliche Begriff der positiven fides im objectiven Sinne, welcher sich auch in der bona fides des classischen Rechts fortsetzt.

---

[1]) Freilich ist wohl diese Stelle interpolirt: Pernice, Zeitschr. der Sav.-Stift. Rom. Abth. Bd. 9 S. 217 N. 2. — [2]) Pernice, Labeo II S. 81 N. 24. — Die die Wendung bekundenden Zeugnisse s. oben in Nummer 15 und 16; dazu noch L. 68 pr. D. 18, 1 Proculus (vom Verkäufer) und L. 35 D. 17, 2 Ulp. (vom Erben des socius).

II. Die bona fides und die Erfüllungspflicht.

1. Es gilt als anerkannt, dass sich die fides auf dem Gebiete des Vertragsrechtes im Halten des gegebenen Wortes, in der Leistung des Zugesagten, in der Erfüllung des das Wesen der einzelnen Verträge ausmachenden Versprechens bethätigt. Die Erfüllung der contractlichen Hauptverpflichtung ist eine Forderung der objectiven fides ebensogut, wie Sache der subjectiven fides des Einzelnen: der Gegensatz von fides im objectiven und subjectiven Sinne kommt daher hier nicht weiter zur Geltung, hat keine praktische Bedeutung.

Haben wir nun in der alten fides bona der Clausel die objective fides erkannt, so muss schon hiernach das obige Postulat auch auf die erstere erstreckt werden. Dies trifft um so mehr zu, als auch die classische bona fides sich principiell und in erster Linie auf die Erfüllungspflicht im angegebenen Sinne bezieht, wenngleich gerade diese ihre Beziehung nicht interessant genug ist, als dass wir ihre öftere Erwähnung in den Quellen erwarten dürften.

Diese Behauptung soll nun sowohl für die fides bona als auch für die bona fides noch besonders quellenmässig begründet werden.

2. Das älteste sichere Zeugniss für die fides bona ist das des Cato de r. r. 14, 3:

nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II.

Der Preis für die hier behandelte, den Neubau einer villa betreffende operis locatio ist nach der Zahl der verbauten Ziegel fest bestimmt, und es ist sogar noch des näheren verabredet, wie die Ziegel zu zählen sind [1]). Der Schuldner soll also einfach zahlen, das ist die hauptsächlichste Bedeutung der Worte: fide bona solvat [2]). Das Zeugniss ist nach der Person des Schriftstellers wie nach der Terminologie (fides bona) m. E. ein juristisches [3]).

---

[1]) Bekker in Zeitschr. für Rechtsgesch. III S. 423. — [2]) In dem Conjunctiv solvat steckt ein oportet; doch ist es eine andere Frage, ob die Formel schon zu Catos Zeit gegeben war. — [3]) Bechmann, Kauf I S. 619 und Pernice, Labeo II S. 76 N. 3 nehmen die vulgäre Bedeutung von fide bona an.



Hieran reiht sich Cicero de off. I, 10, 31, wonach das reddere depositum Pflicht eines vir bonus und zugleich Sache der fides (= fides bona: oben S. 181) ist; ähnlich parad. III, 1.

Nur eine Anspielung auf die fides bona beim Kaufe findet sich bei Plautus Most. III, 1, 139 ff. (oben S. 178 N. 1). Wie diese Stelle auszulegen sei, darüber kann man zweifeln[1]; mir erscheint es als das einfachste und natürlichste, auch hier lediglich an Erfüllung zu denken: der Käufer kauft bona fide, wenn von seiner Seite erfüllt wird, d. h. wenn Verkäufer den Kaufpreis erhält, mag nun der Hausvater oder Haussohn zahlen.

3. In diesem Zusammenhange ist auch das erste karthagische Bündniss einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Dasselbe hatte nach Polybius III, 22, 9 die Bestimmung:

> *ὅσα δ᾽ ἂν, τούτων παρόντων, πραθῇ, δημοσίᾳ πίστει ὀφειλέσθω τῷ ἀποδομένῳ.*

Dass die Uebersetzung des Polybius nicht genau ist, kann als sicher gelten; aber der Sinn dieses Bündnissartikels ist klar erkennbar[2]. Wenn der Verkäufer[3] vorgeleistet hat, so soll ihm der Kaufpreis fide publica[4] geschuldet sein, d. h. natürlich gezahlt werden. Es ist von Interesse, dass auch hier das Leistenmüssen auf die fides gestellt wird und zwar auf die fides publica.

Dass der Staat sich selbst aus den Kaufgeschäften seiner Bürger irgendwie verpflichten wollte, ist schwer zu glauben; er sichert dem Verkäufer nur den Rechtsweg. M. E. geht die fides publica der fides bona parallel: sie verhalten sich zu einander wie ius publicum und ius privatum.

Das Rechtsgeschäft bestimmt sich weder hier noch dort nach der subjectiven fides des Einzelnen, sondern nach einer objectiven Norm, nach der fides bona als dem Verhalten eines redlichen Mannes und nach der fides publica als der im foedus selbst gegebenen Norm. Fides publica ist subjectiv die Ver-

---

[1] s. Bechmann a. a. O. S. 617 f. — [2] s. dazu Bechmann a. a. O. S. 439. — [3] Voigt, Ius natur. II S. 576 übersetzt πραθῇ missverständlich: actum fuerit (= πραχθῇ). — [4] So ist auch hier die Wortstellung: Cic. pro Sest. 22, 50; de prov. cons. 2, 3; in Catil. III, 4, 8; ad Att. 2, 24, 2. Sallust. Catil. 47, 1; 48, 4; Iug. 32, 1; 35, 7. Varro de l. l. V, 86. Gellius XX, 1, 40. Ulp. L. 24 § 2 D. 42, 5 u. a. m.

tragstreue der beiden Staaten als der das Bündniss abschliessenden Contrahenten, objectiv das foedus selbst, wie denn πίστις und fides auch geradezu foedus bedeuten [1]). Der gegenseitige Privatrechtsverkehr der Bürger beider Gemeinwesen steht natürlich unter der Herrschaft einer objectiven Norm, diese ist das foedus, gleich wie ein Gesetz. Der Kaufpreis wird daher geschuldet ex foedere = ex fide publica, und das „ex" mag im lateinischen Text gestanden haben.

Fides publica wie fides bona begründen darnach gleicher Weise das Leistenmüssen.

4. Dass weiterhin die bona fides des classischen Rechts auch und zwar in erster Linie auf die Erfüllungspflicht von den Juristen bezogen wird, dafür liegen einige, wenn auch wenige, so doch voll beweiskräftige Stellen vor. Die geschichtliche Continuität ergeben die vorhergenannten Zeugnisse; blosse Speculationen der oder einzelner classischer Juristen sind daher nicht anzunehmen.

Zunächst zwei Stellen über die bona fides beim Depositum [2]).

L. 11 D. 16, 3 Ulp. 41 ad Sab. (de furtis) nach Sabinus; denn: denique Sabinus hoc explicuit addendo . . . Der Text selbst lautet:

> quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debebit reddere ei, a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni [omnia?] reddat.

Hiernach ist es das oberste Princip der bona fides, dass der Depositar an den Deponenten leistet, und daran können nur gewisse andere, überwiegende Grundsätze der bona fides etwas ändern.

Ganz ähnlich L. 31 pr. § 1 D. 16, 3 Tryphonin 9 disput.

---

[1]) Vgl. Pernice, Labeo I S. 412 N. 20 ff. — [2]) Die eigenthümliche Verwendung der bona fides in diesen Stellen ist von Pernice, Labeo II S. 144 N. 3 a. E. bemerkt, und Bechmann, Kauf I S. 633 N. 1 nennt die oben an zweiter Stelle genannte L. 31 D. 16, 3 „in ihrer Diktion nicht immer ganz correkt".



Nach dem principium beherrscht die bona fides das Depositum. Urtheilt man nur nach dem ius gentium, dem dasselbe angehört, so erfordert die bona fides Restitution seitens des Depositars an den Deponenten, also Erfüllung. Da aber die bona fides aequitatem summam desiderat, so ist auch das ius civile in Betracht zu ziehen, und dieses kann seinerseits die obige principale Verpflichtung modificiren.

Ebenso § 1: haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit.

Denselben Gedanken hat bereits Cicero in der schon öfters erwähnten Stelle de off. I, 10, 31 ausgeführt.

Sodann lehrt Ulpian 32 ad edict. in L. 11 § 1 D. 19, 1 vom Kauf:

> cum enim sit bonae fidei iudicium (sc. empti), nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum sit.

Dieses „actum" wird gewöhnlich auf die bekannte Function der bona fides bezogen, pacta adiecta an der rechtlichen Kraft des Hauptcontracts theilnehmen zu lassen [1]) oder den lückenhaften Willen der Parteien zu ergänzen [2]).

Allein näher besehen ist hier das actum das, quod praestari convenit, wie es vorher ausdrücklich gesagt ist, und sein Gegensatz ist das folgende: quod si nihil convenit. Dementsprechend stellt der sich sofort anschliessende § 2 als erste Verpflichtung des Verkäufers, welche also bonae fidei congruit, auf: ipsam rem praestare venditorem oportet.

5. Dies sind die am deutlichsten redenden Zeugnisse. Neben ihnen wären etwa folgende noch von Belang.

L. 21 pr. D. 40, 7 und L. 8 D. 40, 4 Labeo bei Pompon 7 ex Plaut. und 5 ad Sab.:

> fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo.

L. 50 pr. D. 23, 3 African 8 quaest.:

> illud ex bona fide est et negotio contracto convenit, ut fundus . . . condicatur.

Es handelt sich um ein von der Ehefrau einseitig er-

---

[1]) Pernice, Labeo II S. 87 N. 56 a. E. — [2]) Bechmann, Kauf I S. 668.

fülltes pactum, der Ehemann solle redintegrato matrimonio zehn als dos erhalten und einen fundus restituiren (do ut facias)[1]).

Endlich lautet in L. 21 D. 19, 2, Javolen 11 epistul., der Satz:

bona fides exigit, ut quod convenit fiat

zwar allgemein, er bezieht sich aber auf eine Nebenabrede beim Kauf.

III. Die fides bona als Quelle der Klagbarkeit.

1. Sofern man der fides einen Einfluss auf die Entstehung von Verträgen zuschreibt, kann man nach dem Vorherstehenden einen gleichen der fides bona nicht absprechen. Denn die fides bona ist ursprünglich die fides im guten Sinne im Gegensatze zur fides mala als eine objective Norm, und wir haben obenein den selbständigen Beweis geführt, dass die Erfüllung von Verträgen in den Rahmen der alten fides bona wie noch der classischen bona fides gehört.

Sonach erscheint die fides bona als die formale Grundlage der bonae fidei iudicia, als die Quelle der Klagbarkeit gewisser Contracte, als rechtsbegründender Factor.

Es lassen sich aber hierfür insbesondere noch einzelne Erscheinungen und Erwägungen verwerthen.

2. Die uns überlieferte Klagformel lautet nach allen Zeugnissen (oben S. 172): quidquid dare facere oportet ex fide bona.

Durchaus bezeichnend ist hier die Stellung der Clausel ex fide bona: sie steht neben und hinter dem oportet, wird gerade an dieses Wort angehängt, und der Schluss drängt sich fast auf, dass zwischen beiden ein innerer Zusammenhang besteht. Nicht bloss das quidquid dare facere, das Was und Wie der Leistung findet seine Norm in der fides bona, sondern in erster Linie das oportet, die Rechtspflicht, das Leistenmüssen.

Wiederum beweisen die classischen Juristen die Richtigkeit dieser Auffassung dadurch, dass sie die Clausel aus ihrer hergebrachten Stellung heraushoben und zur Leistung als für

[1]) Dazu auch Pernice, Labeo II S. 92 N. 80.

deren Inhalt massgebend stellten. Für sie war die Beziehung der bona fides auf die Erfüllungspflicht zwar nicht weggefallen, aber doch ganz in den Hintergrund getreten, und so war es auch nur natürlich, dass sie der Clausel den ihrer vorwiegenden Bedeutung entsprechenden Platz innerhalb der Formel anwiesen.

Darum aber müsste man sich umgekehrt über die Unnatur der ursprünglichen Formelfassung wundern, wenn nicht eben dem äusseren Zusammenhange der Clausel mit dem oportet auch ein innerer entsprochen hätte.

Die Hauptbelege für den veränderten Satzbau der Formel sind die schon oben S. 173 in ähnlicher Weise verwertheten Stellen:

Paulus 5 respons. L. 54 pr. D. 19, 2:

in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit,

und Gaius 3 aureor. L. 5 pr. D. 44, 7 bis (mit Gaius III, 155):

quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet,

wozu wegen der gleichen Stellung der Clausel ex bono et aequo zu vergleichen ist:

Gaius 3 instit. (III, 137) L. 2 § 3 D. 44, 7 = § 3 I. 3, 22 und dazu § 30 I. 4, 6:

quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

Ferner gehören hierher:

Gaius 3 ad edict. prov. L. 46 § 4 D. 3, 3:

ex bona fide rationem reddere debet (vom procurator im iudicium mandati), und

Callistratus L. 33 pr. D. 26, 7:

diligentiam, quam pater familias rebus suis ex bona fide praestare debet (vom tutor).

Andererseits sagt freilich noch Sabinus bei Ulp. 41 ad Sab. L. 11 D. 16, 3 insoweit ganz formelgerecht:

servo rectissime reddet ex bona fide (vom Depositar).

3. Unmittelbare Zeugnisse dafür, dass in der bona fides der Entstehungsgrund civiler Contracte, bez. Klagen liegt, giebt es nur wenige und nicht gerade sichere.

a) Die aus dem precarium entspringende praescriptis verbis „actio“, quae ex bona fide oritur, in L. 2 § 2 D. 43, 26 Ulp. ist zweifellos ebenso, wie in L. 19 § 2 D. ibid. Julian, eine byzantinische, bez. justinianische Schöpfung: das ergiebt

sich aus äusseren [1]) wie aus inneren [2]) Gründen. Zudem will Tribonian mit diesem Zusatze nichts anderes besagen, als dass seine actio pr. v. zu den bonae fidei iudicia gehöre (§ 28 I. 4, 6), was sich auf den bonaefidei-Charakter des classischen iudicium de aestimato, der einzigen im Album proponirten Klage, aus der pr. v. agirt wurde [3]), gründet. Dass aber auch diese nicht ex bona fide oritur, ist klar.

b) In L. 57 § 3 D. 18, 1 Paulus heisst es: iudicium (sc. empti venditi), quod ex bona fide descendit. Aber auch hier verräth die ganze L. 57 [4]) und insbesondere unser § 3 [5]) die Hand Tribonians deutlich und ist der Sinn des Relativsatzes der nämliche wie vorher.

c) Justinian sagt in L. un. § 2 C. 5, 13 mit Bezug auf die actio rei uxoriae: ex bona fide descendere, und er denkt dabei wieder an ihre Eigenschaft als bonae fidei iudicium [6]); hatte doch die Klagformel nicht die Worte ex fide bona, sondern aequius melius!

d) Dagegen in L. 11 pr. C. 4, 34 nennt Justinian das Depositum einen contractus, qui ex bona fide oritur, in dem hier behaupteten Sinne; gegensätzlich steht: ad perfidiam retrahatur.

e) Endlich Paulus II, 17, 13 (14): in eo contractu, qui ex bona fide descendit; das geht auf die emptio venditio. Die Stelle lässt sich doch nur so verstehen, dass sich der Kaufcontract als civiler d. h. klagbarer auf die bona fides gründet; schwerlich hatte sie nach dem ursprünglichen Zusammenhange einen anderen Sinn: sie wird mit der L. 2 § 1 D. 18, 1 Ulp. zusammentreffen.

Die Ausbeute ist also eine geringe: je ein Zeugniss von Paulus und von Justinian.

Möglich, dass in letzterem die justinianischen Juristen eigene Weisheit lehren; vielleicht aber auch liegt in ihm, wie in den wiederkehrenden Wendungen: ex bona fide descendere,

---

[1]) Gradenwitz, Interpolationen S. 109. 128 ff. — [2]) Namentlich wegen L. 14 § 11 D. 47, 2 Ulp.; s. Gradenwitz a. a. O. S. 129. Dernburg, Pand. II § 91 N. 11. — [3]) Lenel, edict. perp. S. 237 ff. — [4]) Eisele in Zeitschrift der Sav.-Stiftung Rom. Abth. Bd 7 S. 30. Gradenwitz a. a. O. S. 46 ff. — [5]) Gradenwitz S. 109. — [6]) Gradenwitz S. 108.

oriri, eine Erinnerung an hierhergehörige Aeusserungen classischer Juristen.

Die Stelle des Paulus jedenfalls muss als ein wenn auch schwacher Beweis gelten.

Zur Unterstützung mag auf die allerdings praetorische actio funeraria hingewiesen werden, welche nach Ulp. L. 14 § 6 D. 11, 7 ex bono et aequo oritur. Daraus geht hervor, dass der Prätor die Klage aus dem bonum et aequum, welches sich wahrscheinlich irgendwie in der Formel fand[1]), ableitete. So mag es auch bei der actio rei uxoriae gewesen sein[2]), und wir können uns hieraus ein Bild von dem wechselnden Verfahren machen, wie die Prätoren verschiedener Zeiten neue Klagen einführten[3]).

4. Die bonae fidei iudicia sind civile Klagen, aber durch Gesetz oder Gesetze sind sie nicht eingeführt worden: sine lege iudicia (Cic. de off. III, 15, 61).

Die römischen Juristen selbst verlegen ihren Ursprung in das ius gentium, und es ist für uns kein Grund vorhanden, an dieser von ihnen öfters bezeugten und für sie feststehenden Thatsache zu zweifeln.

Die fides bona ist eine Norm nicht des ius civile, sondern des ius gentium: beides sind entsprechende Begriffe[4]). Ex fide bona und ex iure gentium sind daher von gleicher Bedeutung, und Paulus sagt einmal (L. 84 § 1 D. 50, 17):

> is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

Es waren also ursprünglich Contracte des ius gentium, um die es sich hier handelt, und der bürgerliche Rechtsver-

---

[1]) Lenel, edict. perp. S. 182 f. — [2]) Welche Bewandtniss es mit der condictio indebiti „ex bono et aequo introducta" Papinians hat, darüber vgl. Bekker, Aktionen I S. 105 f. — [3]) Auch die späteren Fidesgeschäfte gingen ihre eigenen Wege: die Fideicommisse wurden durch das Kaiserrecht im Wege der extraordinaria cognitio klagbar gemacht; für die pacta begnügte sich der Prätor mit Gewährung von Exceptionen. — [4]) So erklärt es sich z. B. auch, dass in die Sprache der Gesetze der Ausdruck bona fide, richtiger fide bona, gar nicht eingedrungen ist: Pernice, Labeo II S. 75 N. 3. Dolus malus dagegen, wie fraus, waren altcivile Termini. — Aus gleichem Grunde lässt sich das höhere Alter der in factum concepta formula depositi und commodati gegenüber der in ius concepta vermuthen.



kehr drängte dahin, dass ihnen der Prätor die civile Klagbarkeit verlieh. Der Stadtprätor that es, indem er eine Klagformel[1]) aufstellte, welche auf quidquid dare (facere) oportet ex fide bona intendirte, und welche er vermuthlich aus dem Edict des Peregrinenprätors einfach übernahm. Auch die Formel nach diesem Edicte wird auf oportet ex fide bona abgestellt gewesen sein: die fides bona war eben das Princip, welches das Vertragsrecht des ius gentium beherrschte. Nun erklärt es sich, warum die fides bona die Grundlage auch der neuen civilen iudicia war, als welche wir sie bereits nach den bisherigen Ausführungen kennen gelernt haben. Es bleibt aber noch der Nachweis übrig, aus welchem Grunde der Stadtprätor für die neuen iudicia nicht die gewöhnliche, den Klagen aus den civilrechtlichen Obligationen eigene Formel mit dem blossen oportet aufgestellt haben wird.

5. Dem oportet ex fide bona als der obligatorischen Verpflichtung ex iure gentium müsste ein oportet ex iure Quiritium (= ex iure civili) entsprechen. Nun wird zwar das civile Eigenthum mittels dieses Zusatzes charakterisirt: eius esse ex iure Quiritium; aber neben dem oportet kommt ein gleicher nicht vor. Oportet an sich bedeutet mithin auf dem Gebiete des Civilrechts technisch die obligatorische Verpflichtung ex iure civili; nach civilistischer Terminologie steckt in dem oportet selbst ein ex iure Quiritium: das ist eben nichts Neues.

Hätte hiernach der Prätor, qui inter cives ius dicit, welcher also der Magistrat für die iurisdictio auf dem Gebiete des ius civile ist, aus den Verträgen des ius gentium, denen er die civile Klagbarkeit verschaffen wollte, eine Formel mit dem blossen oportet aufgestellt, so hätte er zu eigenmächtig das ius civile erweitert: das entsprach nicht der vorsichtigen Art, wie in solchen Dingen die Prätoren zu Werke zu gehen pflegten. Auch wäre er bei solcher Formel Gefahr gelaufen, dass der iudex der damaligen Zeit ohne Prüfung

[1]) Für das iudicium neg. gest. ist uns auch ein die Klage verheissendes Edict überliefert; über die sich daran anknüpfende Frage s. Lenel, edict. perp. S. 85. Das gleiche Edict für das iudicium depositi und commodati hängt wohl sicher mit der formula in factum concepta zusammen.



des materiellen Streitverhältnisses freisprach; denn ein oportet lag eben nicht vor: ex iure civili wurde trotz eines prätorischen Edictes, bez. trotz einer vom Prätor aufgestellten formula nichts geschuldet.

So wurde denn eine Formel, welche auf oportet ex fide bona intendirte, geradezu gefordert. Sie gab dem iudex die nicht missverständliche Anweisung: nach ius civile ist die Sache nicht zu entscheiden, sondern nach fides bona, d. h. nach den Grundsätzen des ius gentium; sieh zu, ob Beklagter nach diesen schuldet, und dann verurtheile! Der iudex wusste, wie er diese Formel zu verstehen hatte, und die Praxis im civilen iudicium, gestützt auf die im iudicium recuperatorium, wird jedenfalls bald jede etwaige Schwierigkeit überwunden haben.

6. Die Formel lautete nach allen Zeugnissen: quidquid dare (facere) oportet; sonach dürfte das quidquid ursprünglich sein. Möglich, dass die condictio incerti, für deren Einführung Gaius im Gegensatze zur condictio certi und triticaria kein Gesetz anzuführen vermag, gerade von den bonae fidei iudicia oder ähnlichen ausging.

Existenz der Leistungspflicht wie Inhalt der Leistung bestimmen sich darnach ex fide bona, d. h. nach den Grundsätzen des ius gentium. Darin liegt nicht nothwendig, dass der Richter von vornherein den Inhalt der Leistung nach freier Würdigung, ex bona fide im Sinne des classischen Rechts, bemessen sollte[1]). Auch für das ius gentium mag, wie für das ius civile, die Regel gegolten haben, dass für das Was der Leistung der wörtlich ausgesprochene Wille der Parteien allein massgebend sei. Andererseits war auch die condictio incerti i. e. S. stricti iuris.

So komme ich zu dem Ergebniss, dass die bonae fidei iudicia, trotz der Formelworte ex fide bona, ursprünglich stricti iuris waren[2]). Den späteren bonaefidei-Charakter begann erst die Jurisprudenz aus der Clausel zu entwickeln;

---

[1]) Vgl. Pernice, Labeo I S. 416: „Es ist wol denkbar, dass eine Klage stricti iuris ist und doch der Fides ihren Ursprung verdankt." — [2]) In der Sache übereinstimmend Bekker, Bechmann, Bernhöft u. A.: s. Burckhardt a. a. O. S. 13 N. 31.

den Anfang dieser Entwickelung soll der folgende Abschnitt IV zu schildern versuchen.

7. Ist so die Klagbarkeit unserer Contracte mit dem ius gentium in Zusammenhang zu bringen, so reichen dieselben nicht über das sechste Jahrhundert der Republik zurück. Damit ist freilich für ihr Alter als civilrechtlich klagloser Verträge keine Grenze gezogen. Zweifellos mussten so gewöhnliche Lebensgeschäfte, wie z. B. Kauf und Miethe, schon frühzeitig in Rom formlos abgeschlossen worden sein; wir wissen, dass in gewissen Fällen das Zwölftafelrecht das Rechtsmittel der pignoris capio gewährte, und auch dieses mag auf längst eingebürgertem Gewohnheitsrecht beruhen.

Aber um deswillen allein ihnen schon zur Zeit des Legisactionsprocesses Klagbarkeit beizulegen, scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein [1]). Die Erfüllung hing hier lediglich von der Vertragstreue der Partei ab (fides im subjectiven Sinne). Der ehrsame Bauer des alten Rom wird das in ihn gesetzte Vertrauen nicht leicht getäuscht haben. Zu anderen Zeiten war mehr Vorsicht geboten; schliesslich war noch der Eid ein wirksames, wenn auch nur mittelbares Zwangsmittel. Als auch er im Werthe fiel, half nur noch das eine Mittel: die civile Klage.

Mit dem Eintritte des rechtlichen Zwanges hörte nun die fides des Einzelnen auf, der entscheidende Factor zu sein; an ihre Stelle trat die fides bona als die objective Norm, auf welche sich die Klage selbst gründete [2]).

8. Die bona fides ist die allen b. f. iudicia gemeinsame formale Grundlage: nur insofern bilden diese eine eigene Gruppe. Im übrigen sind die materiellen Rechtsgeschäfte selbst durchaus ungleichartig; es genügt, daran zu erinnern, dass sie theils Real-, theils Consensualcontracte sind, und dass die Verurtheilung aus den einen infamirend wirkt, aus den anderen nicht.

---

[1]) So denkt Bechmann, Kauf I S. 469 an die legis actio sacramento (s. noch S. 472); Baron, Condictionen S. 196 zweifelnd an die legis actio per condictionem. Früher (Bethmann-Hollweg, Keller, Huschke) überwies man unsere iudicia der legis actio per iud. post. — [2]) Bechmann, Kauf I S. 477 betont nur das erstere.



IV. Die Entwickelung des späteren bonaefidei-Charakters.

1. Haben die arbitria, in quibus additur ex fide bona, von Hause aus mit der classischen bona fides in ihrem vorzüglichsten Sinne nichts gemein, so erhebt sich die Frage: wo liegt der Anfang der Entwickelung zum späteren bonae fidei iudicium?

Vom Standpunkt der herrschenden Meinung, welche der Clausel ex fide bona, mag man sie nun für einen ursprünglichen Formeltheil halten oder nicht, von Anfang an die eine oder die andere Function der bona fides beimisst, wird eine befriedigende Antwort nicht leicht zu geben sein; denn wie kam man dazu, die Clausel in die Formel und gerade in die Formel dieser bestimmten iudicia einzufügen?

Von dem hier gelegten Grunde ergiebt sich die Erklärung von selbst: man interpretirte die Clausel in einem anderen Sinne, als in welchem sie der Formel angehängt worden war.

Lässt sich nun eine Spur dieser neuen Interpretation entdecken?

2. Nach L. 38 § 1 D. 19, 1 Celsus haben Sextus Aelius und Drusus die actio venditi schon gekannt; der Thatbestand selbst scheint mir dies vorauszusetzen. Fraglicher ist, ob unter dem arbitrium, mittels dessen indemnitas servari potest, das iudicium venditi selbst zu verstehen ist[1]). Aber auch bei dieser Annahme giebt die Stelle, wie Bechmann bemerkt[2]), keinen Anhalt für die bonaefidei-Natur der Klage.

Der erste Jurist, der diese Natur sicher bezeugt, ist Q. Mucius Scaevola P. M. bei Cic. de off. III, 17, 70:

> Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

---

[1]) Dafür Karlowa, Röm. Civilpr. S. 132 f. — [2]) Kauf I S. 637 f.

Mir scheint die Auslegung dieser Stelle von Bekker[1]) durchaus das Richtige zu treffen.

3. Wir kennen die Neigung des Mucius zum Generalisiren. Schon Kuntze[2]) hat bemerkt:

> „Vielleicht war es Scaevola, der die Clausel ex fide bona als die allgemeinere und die besondere melius aequius und inter bonos agier oportet als mit darunter begriffen erachtete (Cic. de off. 3, 15), was völlig mit der systematischen Richtung des Scaevola (L. 2 § 41 D. 1, 2) stimmt."

So lässt es sich denken, dass Scaevola zuerst den neueren Begriff der fides bona aufstellte und darnach unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte derselben die einzelnen arbitria, verschieden nach der Anlage ihrer Formeln, zu einem genus zusammenfasste.

Beides scheint mir die obige Stelle deutlich zu ergeben. Gehen wir die einzelnen Sätze durch!

4. Entgegen der bisherigen und ursprünglichen Bedeutung der Clausel ex fide bona in den bestimmten arbitria legte er derselben summam vim, also eine weitreichende Bedeutung, bei. Auf diese ausdehnende Auslegung wird er durch ihren Wortlaut selbst nicht gekommen sein; es ist nicht unwahrscheinlich, dass ihn die Formel der actio fiduciae: uti inter bonos bene agier oportet, „die genau das sagt, was m. E. das Wesen der bona fides ausmacht"[3]), darauf geführt hat.

Sei nun auch die Clausel auf bestimmte arbitria beschränkt, so dehne sich doch der so festgestellte Begriff der fides bona viel weiter aus: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, nämlich über jene arbitria hinaus auf andere iudicia, welche er in der folgenden Aufzählung mit anführt, ohne sie besonders erkennbar zu machen. Zu diesen letzteren gehört sicher die schon genannte actio fiduciae; ob noch andere für jene Zeit hierher zu stellen sind, wissen wir nicht. Doch ist es nicht unmöglich, dass die drei von ihm an erster Stelle erwähnten, auf die es ihm hier hauptsächlich ankam: tutelae, pro socio, fiduciae jene Classe bilden[4]).

---

[1]) Aktionen I S. 163 N. 12; dagegen Karlowa a. a. O. 129 N. 1. — [2]) Krit. Vierteljahresschrift Bd. 9 S. 517. — [3]) Pernice, Labeo II S. 94 a. E. — [4]) Bei Gaius IV, 62 stehen umgekehrt diese drei, zusammen

Denn alle diese iudicia, fährt er fort, träfen darin zusammen, dass es die Aufgabe eines sein Amt, sein officium richtig erfassenden iudex sei festzusetzen, was der eine dem anderen zu leisten habe, d. h. den Inhalt der Leistung zu bestimmen.

5. An dieser Auslegung zu zweifeln haben wir keinen Grund mehr, seitdem wir wissen, dass der hier von Mucius gelehrte Begriff der fides bona jedenfalls nicht der ursprüngliche war. Im Lichte dieser Thatsache gewinnt der Bericht Ciceros seine besondere Färbung.

Im einzelnen ist noch hervorzuheben:

a) Cicero entnahm die Stelle nicht aus dem Hauptwerke des Mucius, wie Karlowa (oben S. 195 N. 3) meint, sondern er berichtete aus seinem Gedächtnisse, was er von seinem Lehrer in der Rechtswissenschaft des öfteren gehört und von ihm gelernt hatte, und was nach dessen Vorgange geltendes Recht geworden war. „Dicebat" heisst: er pflegte zu sagen. Es war also Scaevolas eigene Lehre, die er vortrug, und seinen Schülern war diese oft eingeprägte neue Lehre in Fleisch und Blut übergegangen, so dass Cicero wohl dessen eigene Worte wiedergeben konnte. Freilich mag es ihm dabei begegnet sein, dass er das iudicium rei uxoriae ausliess[1]); zwar ist sein Alter ungewiss, doch dürfte es Scaevola schon gekannt haben[2]). Cicero wenigstens erwähnt es[3]), und es ist kein Zufall, dass er gerade die iudicia ex bona fide, fiduciae und rei uxoriae zusammenstellt: er thut es ganz im Sinne Scaevolas.

b) Ebenso bezeichnet das „existimabat" eine oft geäusserte, energisch vertretene (wegen des Imperfectum) subjective Mei-

---

mit dem iudicium rei uxoriae, an letzter Stelle. Ueber Hypothesen wird man nicht hinauskommen. Man kann an die infamirenden iudicia hierbei denken. Vielleicht auch ergab sich der bonaefidei-Charakter z. B. für das iudicium tutelae nur aus der Coexistenz der poenalen actio rationibus distrahendis, mittels welcher iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut [in] tutela XII tabulis (Cic. de off. III, 15, 61).

[1]) Dass in der Reihe der iudicia auch das commodatum, pignus und depositum fehlen, mag andere Gründe haben; s. Bekker, Aktionen I S. 166; Pernice, Labeo I S. 424 ff. — [2]) Vgl. Dernburg, Compensation [2] S. 101; Bekker a. a. O. S. 145 N. 32. — [3]) top. 17, 66; de off. III, 15, 61; pro Rosc. Com. 4, 11.

nung (existimare). Vor ihm kann es also noch nicht festgestanden haben: fidei bonae nomen manare latissime.

c) Auch der magnus iudex bliebe unerklärt, wenn bisher schon der Richter nach dem aufgestellten Princip zu urtheilen gewöhnt gewesen wäre. Dazu gehört keine „magnitudo", zu thun, was alle thun und gethan haben.

d) Endlich lässt sich bei Cicero der Einfluss seines Lehrers auch darin erkennen, dass er, wie oben gezeigt, von der fides bona so selten und ohne die unmittelbarste Veranlassung nie, von dem Verhalten eines vir bonus so häufig spricht: seit Mucius waren dies synonyme Begriffe.

6. Nach Bechmann[1]) tritt uns der erste formulirte Satz der (neueren) bona fides bei Cicero de off. III, 16, 65 entgegen:

> quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt (sc. iuris consulti), si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.

Zur Anwendung brachte ihn Cato, der Vater des Uticensis, in dem von Cicero ibid. III, 16, 67 berichteten Process. Derselbe fällt ungefähr in die Mitte des siebenten Jahrhunderts, und Ciceros Erzählung beweist, dass sich der neuere Begriff der fides bona erst in den Anfängen der Entwickelung befand[2]).

So werden wir auch hiernach auf das Zeitalter des Scaevola geführt, und nach allem liegt es nahe, dass dieser selbst der geistige Vater der neueren bona fides ist.

Dass er seine Theorie auch in anderer Weise praktisch zu verwerthen wusste, zeigt die von ihm in seinem asiatischen Edict aufgestellte exceptio doli (oben S. 172)[3]).

[1]) Kauf I S. 653 f.; dazu Pernice, Labeo II S. 84 N. 40. 41. — [2]) Bekker, Aktionen I S. 164: „dass das Auffallende und Neue nicht sowol in dieser Formulirung (sc. ex fide bona), als in der daraus erfolgten Kondemnirung wegen Dolus gelegen hatte". — [3]) Einen ähnlichen Vorgang aus classischer Zeit vgl. in L. 11 § 1 D. 4, 3 Ulp.

XI.

Zu Gaius.

Von

Herrn Professor **Eisele**
in Freiburg.

I.

Zu Gaius 1, 7.

In dieser Stelle sagt Gaius:

> responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.

Mit Recht bemerkt Krüger in seiner Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts S. 113, dass dieser Bericht in hohem Grade befremdend sei. Vor allem gilt dies von der Begriffsbestimmung der responsa: sie ist viel weiter, als was sonst unter responsa technisch verstanden wird, und passt eigentlich auf alle in irgend welchen Schriften autorisirter Juristen niedergelegte Meinungsäusserungen über juristische Dinge. Noch auffälliger findet Krüger die Angabe über den Inhalt des Rescripts Hadrians, wonach, wenn Uebereinstimmung aller iuris auctores vorliege, deren Ansicht gesetzliche Kraft habe: „dass alle gleichzeitigen privilegirten Juristen in einem Processe um ihr Gutachten angegangen wären, ist eine so fern liegende Möglichkeit, dass mit ihr gar nicht gerechnet werden konnte.“ Krüger sieht sich hierdurch zu der Annahme gedrängt, dass Gaius die communis opinio über einen Rechtssatz, welche legis vicem hatte (?), und die bindende Kraft der responsa der privilegirten Juristen vermengt habe. Indessen erscheint die Annahme, dass Gaius zwei so verschiedene Dinge verwechselt habe, nicht als wahr-

scheinlich. Sodann ist klar, dass die Auffälligkeit der in Rede stehenden Angabe zur Voraussetzung hat, dass die sententiae, von denen in denselben die Rede ist, eben responsa im technischen Sinne seien: wofür man sich denn allerdings auf die vorhergehende Definition berufen kann.

Auffallend ist die Angabe über den Inhalt des Hadrianischen Rescripts immerhin; aber nicht nur der Inhalt des Rescripts, sondern unseres Erachtens schon das ist auffallend, dass Hadrian über die responsa prudentium ein Rescript zu erlassen sich veranlasst sah. Das Institut der responsa bestand doch schon vor Hadrian lange genug; wie kommt es, dass erst Hadrian eine den Gebrauch derselben normirende Bestimmung gab? Das würde sich begreifen, wenn bezüglich der responsa oder ihrer Benutzung thatsächliche Aenderungen eingetreten wären, welche Zweifel erregten und kaiserliches Eingreifen wünschenswerth oder nothwendig machten; aber welcher Art waren diese Aenderungen?

Bekanntlich ist darüber Streit, ob es zulässig gewesen, sich auf ein für einen concreten Process ertheiltes responsum auch in einem anderen ähnlich liegenden Fall mit der Wirkung zu berufen, dass der iudex an dasselbe ebenso gebunden war, wie an ein für den concreten Process ertheiltes responsum. Dafür spricht sich z. B. Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. I S. 121 ff.), dagegen Karlowa (Römische Rechtsgeschichte I S. 660 f.) aus. Es wird wohl mit der Möglichheit gerechnet werden müssen, dass hier eine Entwickelung stattgefunden hat. Diese würde in der Richtung liegen, dass zuerst das responsum nur für den Fall, für den es gegeben worden, in Betracht kam, später aber auch für ähnliche Fälle verwendet werden durfte. Ich möchte annehmen, dass dieser zweite Schritt sehr bald gethan wurde; man denke nur an die Arbeitsverschwendung, welche darin lag, wenn z. B. dieselbe Partei, die einen privilegirten Juristen um ein responsum angegangen und ein solches erhalten hatte, nach einiger Zeit in einer anderen Sache ein ganz gleiches responsum extrahiren musste! Dafür spricht auch, dass von den responsa gesagt wird, dass sie legis vicem haben; denn in lex liegt nach römischer Auffassung begriffsmässig das Generelle, über den einzelnen Fall Hinausgehende; man denke

nur an die Definition der lex von Capito bei Gellius (noct. att. 10, 20). Dafür scheint mir auch zu sprechen, dass Sammlungen von responsa veranstaltet wurden.

Ein weiterer und zwar nicht sehr grosser Schritt wäre gewesen, wenn man zugelassen hätte, auch auf ein responsum eines nicht mehr lebenden Juristen sich zu berufen. Dass dieser Schritt gemacht wurde, kann nicht zweifelhaft sein, denn es steht fest, dass man noch viel weiter gegangen ist. Aus der Constitution Constantins vom Jahre 321, welche in dem Titel de responsis prudentum des Codex Theodosianus an erster Stelle steht, ist zu ersehen, dass damals die Schriften der mit dem ius respondendi ausgestattet gewesenen Juristen überhaupt vor den Gerichten als bindende Autoritäten benutzt worden sind, nicht bloss ihre Responsen-Sammlungen. Will man nicht mit Puchta (Instit. I § 117) annehmen, dies sei von jeher so gewesen — eine Annahme, die alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, bei der es namentlich unerklärlich ist, warum als Rechtsquelle des ius scriptum gerade die responsa prudentium aufgeführt werden —, so muss man die Frage stellen: wann ist diese Aenderung eingetreten?

So viel zu sehen, steht nichts der Annahme im Wege, dass dies schon geraume Zeit vor Constantin geschah. Nimmt man an, dass die Neuerung unter Hadrian begann, so lässt sich alles, was an der Auseinandersetzung des Gaius über die responsa prudentium Befremdliches ist, sehr gut verstehen, und dieser Umstand würde dann, beim Fehlen irgend welcher anderer Anhaltspunkte, für jene Hypothese einstweilen eine ausreichende Stütze abgeben.

Vor allem wird dadurch erklärt, wie Hadrian überhaupt dazu kommen konnte, in dieser Materie ein Rescript zu erlassen. Sobald die Geschworenen anfingen, die Berufung auf beliebige juristische Schriften autorisirter Juristen in dem Sinne zuzulassen, dass die Aeusserungen in diesen Schriften die Autorität von responsa haben sollten, mussten sich Zweifel und das Bedürfniss einer höheren Entscheidung namentlich in folgender Richtung ergeben.

Solange für den concreten Process ein responsum im eigentlichen Sinn erwirkt werden musste, wird es sich so

ziemlich von selbst gemacht haben, dass jede Partei nur ein responsum einholte; und wenn hier responsum gegen responsum stand, war wohl kein Geschworener je im Zweifel, dass er nicht gebunden sei. Oft genug wird auch die eine Partei kein dem der anderen entgegenstehendes responsum bekommen haben. Sobald man aber aus Responsensammlungen und vollends sobald man die Schriften autorisirter Juristen überhaupt citiren konnte, machte es je nach Umständen gar keine Schwierigkeit, für eine Ansicht die Aussprüche mehrerer Juristen anzuführen, und den Gegner, der für sich eine oder mehrere gegentheilige Autoritäten geltend machte, durch die Zahl zu überbieten. Sofort musste hier der Zweifel entstehen: entscheidet die Majorität — wie dies ja später, entsprechend dem Verfall der juristischen Bildung in den Richterkreisen, statuirt worden ist — oder soll die widersprechende Ansicht eines einzigen autorisirten Juristen genügen, um die Citate des Gegners zu beseitigen?

Auf diesen Punkt hat sich, wie wir meinen, Hadrians Rescript bezogen. Gaius berichtet uns nur den Inhalt desselben, nicht den Wortlaut; was er aber über den Inhalt berichtet, hat Hand und Fuss, wenn wir es auf den angegebenen Zweifelspunkt beziehen, sonst nicht. In doppelter Fassung wird das gesagt, was just das Gegentheil von dem ist, was gelten müsste, wenn die Majorität entscheidend wäre: *quorum omnium si in unum sententiae concurrunt,* nicht wenn die Mehrheit übereinstimmt; und: *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi,* und nicht soll er gehalten sein, die Stimmen für und wider zu zählen und dann nach der Majorität zu entscheiden. Was Krüger als das auffallendste an dem Bericht des Gaius bezeichnete, hat bei der hier angenommenen Beziehung seinen ganz guten Sinn.

Dass dem Geschworenen zugemuthet worden sei, die ganze von privilegirten Juristen herrührende juristische Litteratur in jedem einzelnen Falle, wo eine Partei einen oder mehrere Juristen für sich citirte, daraufhin durchzusehen, ob sich keine entgegenstehende Ansicht finde, wird wohl niemand annehmen; eben darum wird man auch dem Gaius keinen Vorwurf daraus machen wollen, dass aus dem Wortlaut seines Berichts jene

ungeheuerliche Ansicht allerdings nicht widerlegt werden kann: sie bedarf einer Widerlegung überhaupt nicht. Dahingestellt muss aber bleiben, ob für den Geschwornen lediglich das von den Parteien gelieferte Material entscheidend war oder ob er z. B. dann, wenn von der Gegenpartei eine entgegenstehende Aeusserung nicht vorgelegt, eine solche aber dem Geschwornen bekannt war, verpflichtet war, eigene Prüfung eintreten zu lassen. Denn mit dem Satze, dass der Richter das objective Recht von Amtswegen zu erforschen hat, lässt sich eine rechtsgeschichtliche Frage natürlich nicht erledigen.

Ein drittes Bedenken, welches sich nunmehr ganz von selbst erledigt, betraf die Definition der responsa. Indem Hadrian die Benutzung aller Schriften der autorisirten Juristen regelte, sanctionirte er zugleich ihre Gleichstellung mit den eigentlichen responsa. Gaius giebt uns in seiner Definition nicht den ursprünglichen Begriff, sondern den erweiterten Begriff, wie er zu seiner Zeit in praktischer Geltung war und wie er schon in dem Rescript Hadrians Anerkennung gefunden hatte; für diesen sind die Worte *„sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere"* vollkommen zutreffend.

II.

Zu Gaius 4, 16.

In meiner Recension der Habilitationsschrift von Lotmar „zur legis actio sacramento in rem" in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 19 S. 515 habe ich die Stelle adversarius quoque dicebat similiter et ego te scilicet L asses u. s. w. durch Einschaltung einer Zeile wie folgt zu verbessern gesucht:

> adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur. et si de re minoris quam M aeris agebatur scilicet L asses sacramenti nominabant.

Diese Conjectur ist a. a. O. allerdings nur sehr kurz begründet und nimmt sich daher etwas tumultuarisch aus. Eine eingehendere Begründung, die ich ursprünglich in einer ausführlichen Schrift über die Passivlegitimation bei den dinglichen

Klagen des römischen Rechts zu geben beabsichtigte, lege ich im Nachstehenden vor.

---

1. Dass in den ersten Zeilen der Seite 194 der Veroneser Handschrift des Gaius eine Lücke vorhanden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Worte lauten:

> adversarius quoque dicebat similiter et ego te scilicet L asses sacramenti nominabant.

Zu einem Satz können diese Worte unmöglich verbunden werden; andererseits fehlt für die Worte *scilicet — nominabant,* die für sich als Satz gedacht werden können, jeglicher Anschluss an das vorhergehende. Dazu kommt noch folgendes. Haben beide Theile bei kleinem Streitwerth die kleine Sacramentssumme genannt (nominabant), so nannten sie natürlich auch beide gegebenen Falles die grosse. Im vorhergehenden wird, nach dem überlieferten Texte, weder eine diesem Postulat entsprechende Spruchformel des Beklagten (d. h. des adversarius desjenigen qui prior vindicaverat) angegeben, noch wird berichtet, dass er in derselben Weise, wie von dem prior vindicans genau angegeben worden, den zweiten Theil des Vindicationsrituals, „postulo anne dicas" und provovare sacramento, durchgemacht habe. Den zuletzt erwähnten Uebelstand hat zwar Huschke in seiner Ausgabe des Gaius dadurch zu beseitigen gesucht, dass er die in dem Passus qui prior vindicabat postulo u. s. w. augenscheinlich vorhandene Lücke in folgender Weise ausfüllte:

> qui prior vindica(*verat, ita adversarium et rursus post is alterum interroga*)bat,

wobei er von der an sich ganz unverfänglichen Unterstellung ausgeht, dass der Abschreiber eine Zeile ausgelassen habe. Dagegen ist aber schon von Lotmar (a. a. O. S. 25 S. 135 f.) in durchschlagender Weise eingewendet worden, dass der Bericht des Gaius „sonst durchweg nicht ein zusammenfassender, sondern ein chronologischer ist, welcher die zeitlich aufeinander folgenden Thätigkeiten auch nacheinander zur Darstellung bringt", und dass Gaius, wenn er soeben über beide Parteien etwas gesagt hatte, doch schwerlich ohne weiteres fortfahren konnte „ille respondebat". Um einen hinlänglich beglaubigten Text zu verwerfen, möchten diese Bedenken kaum

schwer genug wiegen; sie genügen aber vollständig (und auch abgesehen von der Holperigkeit der Worte *et rursus is post alterum*) zur Ablehnung einer blossen Conjectur. Unbedenklich ist Lotmars Ergänzung *qui prior vindicabat, dicebat*; wohl noch besser die von Krüger-Studemund: *qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat.*

2. Den Sitz der in Frage stehenden Lücke werden wir, wenigstens vorläufig, da zu suchen haben, wo in dem jetzt bestehenden Texte der Zusammenhang in der Construction abreisst, also zwischen *te* und *scilicet.*

Was hat nun in dieser Lücke gestanden?

Zunächst kann nicht zweifelhaft sein, dass Gaius die schon im § 15 aus § 14 wiederholte Bemerkung, bei Objecten unter 1000 Assen habe die Sacramentsumme 50 Asse betragen, abermals einschärft, weil er in die zuvor mitgetheilten Formeln überall die grössere Sacramentssumme eingestellt hatte. Man wird annehmen dürfen, dass eine solche Erinnerung, die eine frühere gleiche wiederholt, etwas kürzer ausfällt als die frühere. So finden wir denn auch, dass die Worte des § 15: „*illud ex superioribus intellegimus*“ in das eine Wort „*scilicet*“ kurz und bündig zusammengefasst sind; der in Bezug auf dieses scilicet von Krüger-Studemund ausgesprochene Verdacht der Corruption scheint mir ganz unbegründet zu sein. Zu diesem scilicet gehört aber etwas, was dem Sinne nach den Worten „*si de re minoris quam M aeris agebatur*“ des § 15 entspricht. Kürzen wir auch hier etwas ab, so könnte es geheissen haben: *in re minoris M aeris* scilicet L asses sacramenti nominabant.

Die Ergänzung von Krüger-Studemund: *scilicet si de re maioris quam M aeris agebatur, D, si de minoris, L asses sacramenti nominabant,* missfällt uns aus zwei Gründen. Sie ist noch ausführlicher, als der entsprechende Passus im § 15, wo von dem sacramentum maius keine Rede ist. Diese Breite wurde ohne Zweifel beliebt, um die erforderliche Anzahl von Buchstaben für eine ausgefallene Zeile zu gewinnen. Auf diese Art wird aber dem unter 1. betonten Uebelstande nicht abgeholfen, dass in dem vorliegenden Texte etwas fehlt, was durch das nominabant gefordert wird: eine Formel des Beklagten, welche das maius sacramentum wörtlich ent-

hält (nominat), oder aber die Notiz, dass Beklagter eine in dieser Beziehung der klägerischen entsprechende Formel gesprochen habe. Wollten wir diesem Uebelstande abhelfen und die Krüger-Studemundsche Ergänzung beibehalten, so müssten wir eine Lücke vor und eine Lücke nach dem Worte *scilicet* annehmen. Es ist aber durchaus nicht wahrscheinlich, dass zwischen zwei erheblichen Lücken das Wort scilicet stehen geblieben sei. Wir haben uns also auf eine Lücke einzurichten, die ihre Stelle zwischen *te* und *scilicet* hat, und es gilt, in dieser Lücke ausser dem, was wir soeben angenommen haben, noch dasjenige unterzubringen, was wir oben unter 1. vermissten.

3. Auf Grund des überlieferten *nominabant* desiderirten wir oben, es müsse in der Lücke noch gestanden haben entweder eine Provocationsformel, in welcher der Beklagte, seinerseits den prior vindicans provocirend, gleichfalls die Sacramentssumme nannte, oder aber ein wenn auch noch so kurzer Bericht, dahin gehend, dass Beklagter den prior vindicans ebenso provocirt habe, wie dieser jenen.

Versuchen wir es einmal in der ersten Richtung. Dabei wäre es das einfachste, die im Text stehenden Worte, welche sich durch die directe Redeform als Formelworte geben, so zu ergänzen, dass das Vermisste dasteht; also entweder *et ego te D aeris sacramento provoco,* oder *similiter et ego te D aeris sacramento provoco.* Ziehen wir, gemäss der letzteren Alternative, das *similiter* (mit Krüger-Studemund) zum Formular, so würde der Beklagte durch dies Wort andeuten, dass er den prior vindicans aus denselben Gründen, wie dieser ihn, jetzt seinerseits provocire, also deshalb, weil derselbe iniuria vindicavit. In dem similiter würde dann implicite die Behauptung „iniuria vindicavisti" gegenüber dem prior vindicans enthalten sein. Aber eine solche Behauptung setzt doch wieder das „ius peregi" u. s. w. und dieses wieder das „postulo anne dicas" mit Nothwendigkeit voraus, und dass auch dieses alles durch das Formelwort similiter habe ersetzt werden sollen und können, ist doch schwer zu glauben. Erstlich stimmt es doch gar zu schlecht zu der sonstigen feierlichen Schwerfälligkeit, die der legis actio sacramenti eigen ist. Sodann konnte es doch wohl kaum der einen Partei ge-

stattet sein, ohne weiteres eine bestimmte Antwort des Gegners auf die postulatio zu unterstellen und daraufhin dann auch noch die postulatio selbst zu unterlassen. Endlich — und das allein schon scheint uns durchschlagend zu sein — hat der adversarius nur gesagt „similiter et ego te D aeris sacramento provoco", so konnte Gaius unmöglich sagen: „adversarius quoque dicebat"; denn so, wie er den adversarius reden lässt, hat der prior vindicans eben nicht geredet.

Zieht man aber, mit Lotmar, das similiter zum Bericht, so entspricht auch das nicht der wirklichen Sachlage; denn habe der adversarius nun bloss „et ego te" oder dazu noch „D aeris sacramento provoco" gesagt: in beiden Fällen ist sein dicere von dem des anderen wesentlich verschieden; es ist unmotivirt, während das des Klägers motivirt war.

Wollte man aber, um allen diesen Schwierigkeiten zu entgehen, annehmen, Gaius habe auch seitens des adversarius Postulation und Provocation nebst dazwischen liegender Antwort des prior vindicans formelmässig mitgetheilt, so ist für das similiter kein Platz — dass in der Formel die Correspondenz noch constatirt worden, die doch in der Formel selbst schon augenscheinlich lag, ist nicht glaublich — und überdies wäre die Lücke viel grösser, als mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte.

4. Alle diese Schwierigkeiten weisen uns auf die zweite Alternative: Gaius hat nur zusammenfassend berichtet, was der adversarius that, und dessen Formeln nicht in extenso mitgetheilt. Dafür spricht positiv und unseres Erachtens in schwerwiegender Weise, dass Gaius bezüglich des ersten Abschnittes des Vindicationsverfahrens, wo eine wörtliche Wiederholung der Formel sogar weniger umständlich gewesen wäre als hier, ebenso verfahren ist. Dort sagt er:

adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

Da in unserem Passus sogar das similiter wiederkehrt, werden wir mit grosser Wahrscheinlichkeit annehmen dürfen, dass die Worte „adversarius quoque dicebat similiter et" in der That einem kurz zusammenfassenden Bericht angehören. Auf das *et* kann hier nicht folgen *faciebat*, denn in diesem Theil des Verfahrens wird nur gesprochen. Dagegen musste erwähnt werden, dass der Gegner des adversarius in ähnlicher

Weise **antwortete**, wie in der vorausgegangenen Darstellung dies von dem adversarius selbst angegeben worden war. Kann ein dieses ausdrückender Zusatz nach *et* und vor *scilicet* so eingeschaltet werden, dass im ganzen nur der Ausfall einer Zeile angenommen zu werden braucht, so haben wir eine abgerundete Darstellung des Gaius und ein Ergebniss, bei welchem alle die vorhin erwähnten Schwierigkeiten vermieden sind.

Aber dem stellen sich die fünf Buchstaben *egote* ganz entschieden entgegen. Sollte **daran** eine vernünftige Ausfüllung der zweifellos vorhandenen Lücke scheitern müssen? Verecundia gegenüber dem überlieferten Text ist eine schöne Sache; aber auch in einem solchen Fall? und gegenüber einem Abschreiber wie derjenige, der die Veroneser Handschrift gefertigt und gerade an dieser Stelle zweifellos aus Nachlässigkeit mehr oder weniger ausgelassen, höchstwahrscheinlich aber eine Zeile seiner Vorlage übersprungen hat? Wir meinen, das hiesse die Vorsicht bis zur Unkritik übertreiben, und finden nach der bisher dargelegten Sachlage die Annahme, in dem *egote* stecke eine Verderbniss des Textes, völlig unbedenklich. Dazu kommt, dass sich in völlig ungezwungener Weise erklären lässt, wie gerade hier der Abschreiber irre gehen konnte. Ist nämlich, was wir als das Wahrscheinlichste anzunehmen haben, zwischen *egote* und *scilicet* eine Zeile aus Versehen weggelassen worden, so stunden die den Buchstaben *egote* entsprechenden Buchstaben in der Vorlage des Schreibers am Ende der Zeile, welche der übersprungenen voranging; bekanntlich werden aber in den Handschriften (und so auch im Cod. Veron. des Gaius) die Buchstaben am Ende einer Zeile häufig erheblich kleiner und darum undeutlicher, so dass die Möglichkeit, sie falsch zu lesen, eine grössere ist. Es käme also darauf an, an Stelle der Buchstaben egote oder eines Theiles derselben ähnliche Buchstaben zu setzen.

5. Das *provocare sacramento* seitens des prior vindicans hat Gaius als *dicere* bezeichnet; auch das vorausgehende *postulare* konnte er füglich so bezeichnen; nach **Lotmars** Restitution hätte er es gethan. Umsomehr konnte er in dem auf die formelgemässe Darstellung folgenden Bericht beides, das *postulare* und das *provocare,* mit dem Worte *dicere* zu-

sammenfassen, und wir dürfen also annehmen, dass auf das *et,* welches sich an den Bericht *„adversarius quoque dicebat similiter“* anschliesst, nur noch das gefolgt ist, was danach noch fehlt, nämlich die Angabe, dass der Gegner des adversarius auch *similiter* (und darin liegt: zwischen postulare und provocare) geantwortet habe. Auf Grund dessen habe ich, was ich auch jetzt noch für richtig halte, das noch Fehlende in möglichster Kürze und unter möglichstem Anschluss an die Buchstaben *egote* so ergänzt: *eco[n]tr||ario respondebatur.* Dass diese Ergänzung sachlich dem, was wir verlangen mussten, entspricht, ist klar; es sind zu ihrer Rechtfertigung nur einige formelle Bemerkungen erforderlich. Die eine betrifft die Ersetzung der Buchstaben *egote.* In dem was wir an die Stelle setzen, sind die Buchstaben E, O, T beibehalten. An die Stelle von G ist C getreten, was keiner Rechtfertigung bedarf. An die Stelle von E den Buchstaben R zu setzen, dürfte denn doch nicht allzu kühn sein, namentlich in Betracht, dass das R in der Vorlage der letzte Buchstabe der Zeile, also wohl am undeutlichsten geschrieben war.

Die andere betrifft den Ausdruck *e contrario.* Derselbe, wie oft auch der verwandte Ausdruck *ex diverso*, besagt, dass in einem vorher besprochenen Verhältniss eine Umkehrung stattgefunden, insbesondere auch eine Umkehrung in einem Parteiverhältniss; daher denn auch die Bezeichnung actiones contrariae. So sagt Gaius II, 52, nachdem er vorher von Fällen gesprochen, wo jemand der vorhandenen bona fides ungeachtet nicht ersitzt: rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, und speciell von Umkehrung der Parteirollen heisst es IV, 3: actio ex diverso adversario (dem, der in den vorher benannten confessorischen Klagen Beklagter war) est negativa. Auch das *similiter,* welches in unserer Stelle zu dem *e contrario respondebatur* zweifelsohne hinzuzudenken ist, findet sich in einer anderen Gaiusstelle, Dig. 10, 2, 19 in Zusammenhang mit dem sinnverwandten *ex diverso:*

> Item ex diverso similiter prospicere iudex debet, ut quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit, non ad eius solum lucrum pertineat.

Der Gegensatz war, wie das Folgende zeigt, dass einer der

Erben für die Erbschaft Auslagen gemacht hat und dergl.; das eine Mal spricht er von den Miterben etwas an, das andere Mal umgekehrt diese von ihm. Vgl. noch *e contrario* bei Celsus D. 8, 6, 6 § 1 und bei Africanus 3, 5, 48 (49) und 39, 1, 15. *E contrario* bedeutet also „umgekehrt", d. h. mit Umkehrung der Rollen, so also, dass jetzt derjenige antwortet, der vorher gefragt hatte.

Uebrigens unterscheidet sich unsere jetzige Restitution von der früheren in einer Kleinigkeit: das verbindende *et* zwischen *respondebatur* und *si de re minoris* u. s. w. lassen wir jetzt weg und setzen in Folge dessen statt *si de re agebatur* kürzer (vgl. oben S. 205) *in re.* Dies scheint dem vorwärts drängenden und Verbindungspartikeln verschmähenden Gang des Berichts, wie er sonst im § 16 sich darstellt, besser zu entsprechen; vgl. *adversarius eadem* u. s. w., *cum uterque vindicasset* u. s. w.; *illi mittebant; qui prior vindicaverat* u. s. w.; *ille respondebat.*

6. Unser Vorschlag vermeidet die Schwierigkeiten, welche sich erheben, wenn man, an dem überlieferten Text festhaltend, in der in Rede stehenden Lücke Formelworte restituiren will, und genügt dem, was man auf Grund des überlieferten Wortes *nominabant* postuliren muss, vollständig. Er nimmt allerdings an, dass der Abschreiber zwei Buchstaben, die in seiner Vorlage am Ende einer Zeile standen, falsch gelesen habe und ändert diese zwei Buchstaben: gewiss ein sehr bescheidener Eingriff. Wir meinen, dass nicht allzu häufig bei einer offenbar nicht in Ordnung befindlichen Stelle ein lesbarer und den inhaltlich zu stellenden Anforderungen entsprechender Text mit so geringem Opfer erkauft wird. Wir möchten überdies zu Gunsten unseres Vorschlages — der unseres Wissens wenig oder gar nicht beachtet worden ist — noch folgendes geltend machen.

a) Es wird durch denselben der Bericht des Gaius harmonisch abgerundet. Wie die Worte *in re minoris M aeris scilicet L asses sacramenti nominabant* der Bemerkung in § 15: *illud ex superioribus intellegimus* u. s. w. entsprechen, so ist der Passus *adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur* die Parallele zu *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.* Diese Parallele ist so schlagend, dass

man sich wundern muss, dass man in den überlieferten Worten *adversarius quoque dicebat similiter* überhaupt etwas anderes als ein zusammenfassendes Referat über das Thun des adversarius hat sehen können.

b) Was wir suppliren: *ario respondebatur in re minoris* $\overline{m}$ *aeris* macht im ganzen nicht mehr Buchstaben aus, als füglich in einer Zeile der Vorlage gestanden haben können.

c) Unsere Ergänzung e contrario macht erklärlich, wie der Abschreiber eine Zeile weglassen konnte, und wird also, da die Lücke von vornherein auf Auslassung einer Zeile mit grosser Wahrscheinlichkeit hinweist, auch von dieser Seite her unterstützt. Auslassung einer Zeile erklärt sich namentlich dadurch, dass zwei aufeinander folgende Zeilen gleiche Anfangsbuchstaben haben. Nach unserer Ergänzung würde nun die Vorlage des Cod. Veronensis folgendes gehabt haben:

. . . . ADVERS
ARIUSQ[UO]Q[UE]DICEBATSIMILITERETECO[N]TR
ARIOR[E]SPONDEBAT[UR]INREMINORIS$\overline{M}$AERIS
SCILICET . . . .

Soll diese Vermuthung plausibel sein, so müssen die beiden supponirten vollen Zeilen der Vorlage ungefähr gleich viel Buchstaben enthalten. Dies aber ist der Fall. Die Zählung ergiebt unter Weglassung der eingeklammerten Buchstaben (welche durch die üblichen Abkürzungen der Handschrift gerechtfertigt bezw. geboten ist[1]) für die erste Zeile 30, für die zweite 31 Buchstaben. Möglich wäre ja auch, dass in der Vorlage stand ECONTR und dass das N vom Abschreiber weggelassen wurde. Dass es Handschriften dieses Alters mit 30 und 31 Buchstaben in der Zeile gab, steht fest (vgl. Krüger in Bd. 8 S. 83 f. dieser Zeitschrift). Es lässt sich aber überdies noch nahezu mit Gewissheit feststellen, dass die Vorlage des Cod. Veron. in der That Zeilen von dieser Buchstabenzahl enthalten hat. In IV, 62 ist nämlich dem Schreiber der Veroneser Handschrift ein Versehen entgegengesetzter Art von dem, welches in § 16 anzunehmen ist, begegnet: er hat eine Zeile zweimal abge-

[1]) *Similiter* kommt zwar auch abbrevirt vor, doch ist es auch oft ausgeschrieben, im Cod. Veron. z. B. auf S. 52 Z. 12 und S. 193 Z. 19.

schrieben. So ist doch wohl auf S. 212 Zeile 5 und 6 der Handschrift die Wiederholung der Buchstaben *duti* (Rest von mandati) *depositi fiduciae p*[*ro*] *socio tutelae* aufzufassen; wie im § 16 Auslassung einer ganzen Zeile die einfachste und darum wahrscheinlichste Erklärung des Verderbs ist, so hier zweimaliges Abschreiben einer ganzen Zeile. Das doppelt Geschriebene enthält aber je 32 Buchstaben. Unsere Ergänzung stimmt also zu der Zahl der Buchstaben einer Zeile der Vorlage und so kommen wir von dieser Seite her zu einer Erhärtung des sub b. als möglich Bezeichneten.

Es kann sein, dass das alles nur zufällig so zusammenstimmt. Ob eine solche Annahme mehr Wahrscheinlichkeit für sich habe als die, dass unsere Ergänzung der Lücke richtig sei, darüber möge nun der geneigte Leser sich schlüssig machen.

XIII.

Beiträge zur Publiciana.

Von

Herrn Professor Dr. **H. Erman**
in Lausanne.

I.

C. Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne. Paris 1889. 2 voll. (382 und 383 SS. Text).

Unter vorstehendem Titel hat der Professor des römischen Rechts an der Lyoner Rechtsfacultät C. Appleton eine tiefgreifende und meisterhaft klare Bearbeitung der Publiciana und aller an sie — zumal seit Schulin — anknüpfenden Streitfragen veröffentlicht.

Darüber sind Kritiken von Ferrini, Buonamici, Brezzo, Bonfante und neuestens von Audibert erschienen [1]).

---

[1]) Ferrini im Mailänder Monitore dei Tribunali vom 7./9. 1889. Buonamici und Brezzo im Archivio giuridico Bd. 43 S. 207—252 und

Brezzo bringt viel Selbstständiges, aber oft auch Anfechtbares. Seinen Widerspruch gegen Schulin-Appleton begründet er genauer in der tüchtigen Schrift: Rei vindicatio utilis (Torino 1889; 245 SS.).

Ferner ist Appleton nebst den Kritiken von Buonamici und Brezzo noch zum grossen Theil berücksichtigt bei

Evaristo Carusi l'azione Publiziana in diritto Romano
Roma 1889. 219 SS.

Eine Anfängerarbeit, gewidmet 'al mio maëstro Scialoja', aber klar und kritisch gedacht, flott geschrieben und mit guter Litteraturbenutzung [1]).

Unter Berücksichtigung dieser Kritiken soll im Folgenden über Appletons Buch in Kürze berichtet werden, um dann einige Hauptfragen der Publiciana eingehender zu untersuchen.

Appletons Buch ist durch und durch sorgfältig.

So im Aeussern: systematisches und alphabetisches Register, Quellenregister, fortlaufende Nummern auf dem inneren Seitenrand. Ferner wenig Druckfehler, auch in den Citaten.

So vor allem inhaltlich. Er hat seit 1885 Aufsätze über die Publiciana veröffentlicht, und diese jahrelange Arbeit, die 'longue, patiente et parfois fastidieuse étude' (II p. 130) macht sich allenthalben geltend. Quellen und Litteratur, insbesondere die deutsche, sind sorgfältig erwogen. Jede Behauptung ist durchdacht und der massenhafte Stoff zum wohlgeordneten System ohne Lücken und ohne Abschweifungen zusammengearbeitet.

Aber auch die Schattenseite fehlt nicht. Bei diesem jahrelangen Mitsichherumtragen seiner Ideen hat er sich in sie eingelebt, und so sind trotz der besten Forschungsgrund-

---

S. 267—299, Bonfante, Rivista italiana per le science giuridiche 1890, p. 94—104, Audibert: Nouvelle Revue historique de droit français et étranger 1890 S. 269—297.

[1]) Ein erster systematischer Theil behandelt die Edictsrestitution (52 SS.), die vorjustinianische Publiciana (51 SS.) und die justinianische (18 SS.), dann folgt ein exegetischer Commentar zu D. 6, 2. — Beiläufig: für D. (6, 2) 12 § 1 widerspricht der exegetische Theil (S. 210) dem systematischen (S. 102).



sätze und -Vorsätze[1]) ihm Dinge zu Gewissheiten geworden, die höchstens den Werth von Hypothesen haben[2]).

Eine solche illusorische Gewissheit ist vor allem die Grundidee des Werkes 'la propriété prétorienne'.

Es ist das eine species nova, zusammengeschmolzen aus Ideen von Scheurl, Huschke und Schulin und manchem eigenen, aber Appletons Eigenthum vor allem durch die energische Zusammenfassung zur begriffsmässigen Einheit[3]).

Die 'propriété prétorienne', das von der Publiciana geschützte Verhältniss zur Sache, ist für Appleton ein einheitliches Billigkeitseigenthum, was von den civilen Regeln nicht bloss für seine Begründung, sondern allenthalben unabhängig ist.

Sein Wesen werde durch das eine Wort 'relativ' bezeichnet.

Das Civileigenthum sei allenthalben absolut: es besteht gegen alle oder gar nicht, und es wird für immer übertragen oder gar nicht, und zwar noch unter und nach Justinian: *πρόσκαιρος . . οὐκ ἔῤῥωται δεσποτεία* (Stephan. zu Bas. 16, 1, 4). Dagegen das prätorische Eigenthum sei nach beiden Richtungen hin relativ.

Persönlich, denn nicht allein der bonae fidei possessor

---

[1]) Z. B. I p. 22. 23: il faut de toute nécessité appeler à son aide une méthode très rigoureuse, pour éviter de se perdre dans le vague des conjectures plus ou moins plausibles. Il importe . . de mettre toutes les doctrines . . à l'épreuve du doute systématique . . de ne rien laisser d'inexploré, si mince que puisse paraître le détail etc. — [2]) In einem mir zur Einsicht gesandten schriftlichen Nachtrag über Formelauslegung und Edictsrestitution nimmt denn auch Appleton neuestens mehrere der diesbezüglichen Aufstellungen seines Buches zurück. Darüber unten in diesen beiden Capiteln. — [3]) Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, München 1875, mit dessen Aufstellungen Appletons Theorie sich vielfach berührt, ist demselben leider unbekannt geblieben. Das zeigt sein Buch und das bestätigt ein Brief Appletons an mich. — Uebrigens fragt er darin nicht ohne Grund, ob nicht aus diesem Zusammentreffen 'il résulterait une certaine confirmation des idées de Brinz. Il faut qu'elles soient bien justes en effet puisqu'une autre personne . . . soit arrivée . . par une voie parfois différente au même résultat'. Dass Appleton bei seiner ausgedehnten Litteraturbenutzung (p. VII—IX) diesen wichtigen Aufsatz übersehen hat, erklärt sich, da er anfänglich nur die Publiciana behandeln wollte und erst zuletzt hinter ihr die 'propriété prétorienne' erkannte (I p. 23).

werde nur relativ geschützt, sondern manchmal auch der Erwerber a domino, der Bonitarier. So z. B. der Käufer, dem ohne Preiszahlung oder Creditgewährung die Sache übergeben wurde, denn die Publiciana, die Gaius D. (6, 2) 8 und die Bas. (15, 2) 8 ihm zusprechen, versagt gegen den Verkäufer 'si forte . . iustam causam vindicandi habeat' D. (21, 3) 1 § 5, also bei Insolvenz des Käufers: D. (14, 4) 5 § 18 und bei Resolution des Kaufes (Appleton Nr. 340).

Und gerade weil das prätorische Eigenthum persönlich relativ war, habe man es auch unter Resolutivbedingung übertragen können mit ipso iure Rückfall. Bei dem gegen alle wirkenden Civileigenthum würde darin eine Aufopferung der Dritten gelegen haben[1]). Anders bei dem prätorischen Eigenthum, d. h. der Publiciana. Ihr Wiederaufleben habe gegen die Dritten nicht weiter gereicht, als die replicatio doli gegen deren Einrede des Eigenthums oder des publicianischen Besitzes, d. h. also gegen den Veräusserer, gegen seine Universal- oder Lucrativnachfolger und gegen seine Pfandnehmer: D. (44, 4) 4 § 30. Dagegen oneroser Erwerb eines Dritten habe das prätorische Eigenthum zerstört oder aber sein Wiederaufleben verhindert (Appleton Nr. 327—330).

Kann man den bonae fidei possessor, der noch beim Usucapiren ist, schon als Eigenthümer ansehen? Darauf antwortet Appleton (Nr. 369) mit einer eigenthümlichen Wendung des bekannten 'werdenden Eigenthums'.

Aller Eigenthumsschutz entspringt dem Gedanken, dass im Eigenthum die Person angegriffen wird. Angegriffen wird sie aber, weil durch die Gewöhnung an die Sache der Eigenthümer sie als Theil seiner selbst ansieht. Also das Eigenthum beruht auf der 'accoutumance'. Daher die Ersitzung. Hier wird durch die accoutumance das alte Eigenthum zerstört und ein neues begründet. Aber der Ablauf der Ersitzungsfrist vollendet nur die Wirkung der Gewöhnung, begonnen hat dieselbe schon am Tage des Besitzerwerbs. An diesem Tage hat sich das Band zwischen dem Erwerber und der Sache zu knüpfen, das Band zwischen Eigenthümer

---

[1]) Aber auch die Hypothek, geschaffen vom Prätor und den Kaiserjuristen, opfert die Dritten auf! — ebenso Audibert a. a. O. S. 291.



und Sache zu lösen angefangen. Der Ablauf der Ersitzungsfrist bringt nur diese beiden Entwickelungen zum Abschluss [1]). Dies prätorische Billigkeitseigenthum überlebt nun nach Appleton das civile, so oft dessen Untergang unbillig wäre.

Hier folgt er Schulins Theorien, indess mit eigenartiger Begründung durch eine neue Formelauslegung (anno = seit einem Jahr) und dementsprechend mit wesentlichen Einschränkungen. Er nimmt die Publiciana (das prätorische Eigenthum) als fortbestehend an nach unbilliger Ersitzung, nach pictura, accessio, specificatio, endlich nach erzwungener oder resolvirter Veräusserung. Dagegen die gewöhnliche Veräusserung schneidet nach ihm — im Gegensatz zu Schulin — die Publiciana formelmässig und officio iudicis ab.

Diesen Aufstellungen würde man gern zustimmen, wenn nur ihre Grundlage, nämlich Appletons neue Formelauslegung, nicht als unannehmbar sich erwiese. Darüber später. —

Der eigentliche und letzte Ausgangspunkt aller Theorien Appletons liegt in Schulins Aufstellungen über die Eigenthumsverhältnisse an mortis causa verschenkten und besonders an resolutiv verkauften Sachen. Bekanntlich erklärt Schulin die fraglichen Stellen durch Combinirung der Vindication (die der Verkäufer behielt wegen nicht erfolgter 'solutio vel satisfactio') mit der Publiciana, die der Erwerber durch Auflösung der causa verliert (fundus inemptus!), während sie für den Veräusserer wieder auflebt.

Diese Aufstellungen sind der wichtigste Theil von Schulins Publicianasystem und zugleich auch der weitaus ansprechendste. So hatten sie seiner Zeit Hölders vollen Beifall gefunden (Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 197) als hinreichendes und höchst erwünschtes Mittel, um gegenüber den Stellen über resolutivbedingten Verkauf die allgemeine Bedingungslehre des römischen Rechts aufrecht zu erhalten.

Diese Aufstellungen haben denn auch Appleton gewonnen, und 'maintenir l'excellent système de Schulin' für die Fälle

[1]) Ainsi ce n'est pas au jour de l'usucapion accomplie que se forme le lien entre le possesseur et l'objet, mais c'est à ce jour qu'il se consolide définitivement. Il ne change pas de nature, mais de force seulement. Appleton II, p. 315.



resolutivbedingter Veräusserung ist offenbar der Gesichtspunkt für seine ganze Arbeit gewesen.

Dieselbe ist zwar mit rühmlichster Unbefangenheit geschrieben. Ein bewusstes Beweisenwollen[1]) liegt nirgends vor. Doch aber wird oft genug die zwischen zwei Möglichkeiten unentschieden schwankende Wage durch die Rücksicht auf 'le système de Schulin' nach dieser Seite heruntergezogen.

Der Wunsch, Schulins System zu retten, war der Vater von Appletons Formelauslegung und liess manche Einwürfe dagegen übersehen, andere — bemerkte — leichter nehmen als sie wiegen.

Er liess die Publiciana wegen Baum, Maltafel und Wolle behufs Vermeidung der probatio diabolica unbedenklich hinnehmen, während doch von den beiden Elementen der diabolica probatio, bedeutender Werth und individuelle Erkennbarkeit, für diese Sachen nicht weniger als alle beide fehlen u. s. w.

So ist es denn nicht ungerechtfertigt, wenn Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig Appleton zu vieler Hypothesen beschuldigen und eine strengere Methode postuliren.

Meist allerdings mit Anführung von Appletons eigenen Aeusserungen. Wie alle Tugenden ist eben auch die ars ignorandi et dubitandi leichter zu predigen als zu üben. Und das zumal bei der Publiciana, die allenthalben zum Conjecturiren geradezu herausfordert: ein zerrüttetes und von Lenel überkühn restituirtes Edict, eine an Räthselfragen reiche Stelle: D. (17, 1) 57, und endlich daran anknüpfend Schulins weitgreifende Hypothesen, die die zweifelhafte Publiciana noch mit den Räthseln der vindicatio utilis und der Resolutivbedingungen in Verbindung setzt.

Hier ist nun Appleton in der That nicht stets methodisch streng verfahren. Zwischen 'möglich', 'wahrscheinlich' und 'sicher' unterscheidet er nicht mit der nöthigen Bestimmtheit. Er glaubt durch Prüfung aller Argumente sicheren Boden zum Weiterbau zu gewinnen (I S. 22), und so wächst mit jedem neuen Stockwerk das hypothetische Element. Offen lässt er fast nie eine Frage, während doch für ein so um-

---

[1]) Wer Recht behalten will und hat nur eine Zunge,
Behälts gewiss. Faust.

fangreiches Gebiet unsern Quellen nach nicht auf ein Dritttheil halbwegs sicherer Ergebnisse gerechnet werden kann.

In diesem Streben nach Bestimmtheit überlastet er einige an sich durchaus richtige Wahrnehmungen, wie z. B. Jherings 'Gesetz der juristischen Oekonomie'. Daraus mag man schliessen, dass, wenn die bonae fidei Publiciana auch für den Bonitarier reichte, man es bei dieser einen Klage für beide wird haben bewenden lassen. Dagegen entnimmt Appleton zu viel daraus, wenn er wegen dieser Sparsamkeitstendenz für a priori wahrscheinlich erklärt, dass in den sämmtlichen 'utiles in rem actiones' eine und dieselbe Klage vorliege und zwar gerade die uns bekannte Publiciana. Denn wieviel kennen wir von den prätorischen Formelschöpfungen, die Gaius (4, 46) 'innumerabiles' nennt und Cicero 'res infinita' (Top. cap. 8)?

So ist denn von Appletons positiven Aufstellungen mehr als eine nachweisbar unrichtig.

Indess für die Wissenschaft als collective Thätigkeit ist wichtiger noch als die eigene Theorie einer Monographie die übersichtliche erschöpfende Ordnung des Materials und die gewissenhafte Prüfung der Quellen. Und dies beides bietet Appleton in zuverlässigster Weise.

Appletons Werk zerfällt in drei Theile.

Der erste (134 SS.) giebt den Begriff des prätorischen Eigenthums, seine Geschichte, d. h. die Geschichte der Publiciana nebst Edictsrestitution, und seine Gegenstände: Publiciana für Erzeugnisse oder Bestandtheile der erworbenen Sache, Publiciana für Provincialgrundstücke u. s. w.

Der zweite Theil (318 SS.) behandelt unter dem Titel 'Erwerb des prätorischen Eigenthums' die Usucapionserfordernisse. Eine schöne, an wichtigen, eigenen Gesichtspunkten reiche Untersuchung. Hier (wie auch sonst allenthalben) adoptirt Appleton die einfachste und consequenteste Hypothese, nämlich Stintzings nur durch furtum ausgeschlossene XII Tafelusucapion.

Dem ist beizustimmen. Stintzings Herleitung des bona fides-Erfordernisses aus dem vitium furtivitatis ist in der That eine höchst wahrscheinliche Hypothese[1]).

---

[1]) Das einzige Bedenken gegen sie liegt in der bona fides auch bei der Immobiliarusucapion. Appleton verweist hier kurzweg auf die

Neu ist aber, dass und wie Appleton aus dem Furtivitätshinderniss auch die Nothwendigkeit des Titels ableitet.

Wie wehrt man heut den Diebstahlsverdacht ab? fragt er. Durch die Angabe eines *bestimmten* redlichen Erwerbes. So auch in Rom. Hier hätte er C. (6, 2) 5 von Alexander anführen können: civile est quod a te adversarius tuus exigit ut rei quam apud te fuisse fatearis, exhibeas venditorem. nam *a transeunte etiam ignoto emisse* non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.

Der iustus titulus wäre also ursprünglich nichts gewesen als der Umstand, der dem Geschworenen die Behauptung des bona fide Erwerbes glaubhaft machte, d. h. die Behauptung, nicht gestohlen zu haben.

Diese Vermuthung ist durchaus möglich und recht wahrscheinlich, zu beweisen ist sie indess nicht [1]).

Zeugnisse über das furtum an Immobilien bei den veteres (G. 2. 51; Gell. 11, 18; J. 2, 6 § 7). Aber hier erhebt sich ein schwerer Einwurf: ist die Ausdehnung des furtum a ferendo D. (47, 2) 1 pr. auf Grundstücke nicht un-naiv und daher un-ursprünglich? Jedoch diesen an sich erheblichen Einwurf hat Stintzing entkräftet durch die Gegenfrage: ob etwa den späteren Juristen mit ihren etymologischen Liebhabereien diese etymologiewidrige Subsumtion leichter zuzumuthen sei. Das schlägt durch. Gemacht worden ist die Subsumtion, und da spricht die Wahrscheinlichkeit gegen die neueren, also für die alten Juristen. Damit aber fällt der einzige wirkliche Einwand gegen Stintzings Hypothese. Uebrigens konnte gerade bei einer Usucapion ohne bona fides die Idee eines Stehlens von Grundstücken leicht entstehen. Wenn z. B. ein Pächter einen entlegenen Acker an einen Helfershelfer verkaufte (vgl. Gellius 11, 18, 13) und dieser ihn in zwei Jahren ersass, dann war dem Herrn der Acker so gut 'gestohlen', wie die erste beste Mobilie. Da lag es denn nahe, gerade zur Verhinderung solcher Usucapionen zu proclamiren: etiam fundi furtum fieri posse.

[1]) Insbesondere ist gegen ein negatives Argument Appletons (Nr. 95) zu protestiren. Nämlich gegen die Behauptung, die schon vor ihm der Pariser Romanist Esmein aufgestellt hatte und der auch Appletons Kritiker Audibert a. a. O. S. 281 sich durchaus anschliesst, dass Stintzings Herleitung des Usucapionstitels aus der Publicianatheorie an sich undenkbar sei, ein historisches ὕστερον πρότερον. Die Publiciana habe sich nach der Usucapion gerichtet und nicht umgekehrt. Das ist ein gut naturrechtlicher Gedankengang. Weil das Resultat der Rechtsgeschichte ein mehr oder weniger logisches System von Rechtssätzen ist, so sollen diese Rechtssätze sich auch in dieser logischen Ordnung und Reihenfolge herausgebildet haben. Dabei bleibt ausser Betracht, dass ein Rechts-

Im dritten Theil (310 SS.) behandelt Appleton die Publiciana nach Eigenthumsverlust oder wie er sagt: das das Civileigenthum überlebende prätorische Eigenthum. Die Grundidee dieses Abschnittes ist bereits dargelegt worden, weiteres über diese schwierigen und zweifelhaften Fragen später.

Vor seiner Lyoner Professur war Appleton Professor des französischen Rechts in Bern. So ist er aus einem kräftigen modernen Rechtsleben in das römische Recht gekommen und das macht sich allenthalben vortheilhaft geltend.

Vor allem in der Wärme, mit der er seine Aufgabe angreift und durchführt. Denn, wie er auf der ersten Seite ankündigt und im letzten Capitel nachzuweisen sucht, die Publi-

---

satz, und nun gar ein Rechtslehrsatz wie der vom titulus, in seinem ersten Ursprung nichts ist als der concrete Einfall eines concreten Juristen. Wie der Einfall in dessen Gehirn sich entwickelte, ob mehr aus Zweckmässigkeits- oder mehr aus logischen Erwägungen, ob logisch correct oder als Cirkelschluss, dass ist eine einfache Thatfrage, für deren vermuthungsweise Beantwortung die allgemeine Methode der betreffenden Jurisprudenz meist den einzigen schwachen Anhalt bietet. Die Lieblingsmethode der römischen Jurisprudenz war nun aber bekanntlich die analoge Anknüpfung des neuen Begriffs an irgend eine positive Satzung. So wurde der Pflichttheil aus der lex Falcidia gewonnen und der Grossjährigkeitstermin aus der lex Plaetoria. Da musste denn auch das Edict des Publicius mit seinem Tituluserforderniss (qui bona fide emit), was sehr wohl eine der Usucapion fremde, positive Neuerung sein konnte, ein willkommener Vorwand sein, um den titulus auch für die Usucapion zu fordern, vermöge des harmlosen Trugschlusses: 'weil die Publiciana den Usucapionsregeln folgt, so muss jede Publicianaregel auch als Usucapionsregel gelten'. Dies musste so vor sich gehen, falls bei Aufstellung des publicianischen Edicts die Usucapionstheorie noch in ihrer ursprünglichen Verschwommenheit und Gährung sich befand. Man wird also Stintzings Herleitung des Usucapionstitels aus der Publicianalehre nur dann (mit Esmein, Appleton und Audibert) verwerfen dürfen, wenn man der Ueberzeugung ist, dass das titulus-Erforderniss in der Usucapionslehre bereits feststand, als das publicianische Edict publicirt wurde. — Zu dieser Ueberzeugung (natürlich als rechtshistorischer, hypothetisch schwankender) kann man nun trotz aller Unsicherheit von Publicius' Prätur durch Appletons Vermuthung über die Herkunft des Usucapionstitels gelangen. Aber da deducirt man die Unwahrscheinlichkeit von Stintzings Hypothese aus der Wahrscheinlichkeit von Appletons, nicht aber (wie Appleton es versucht) die Wahrscheinlichkeit seiner Hypothese aus der Unmöglichkeit der Stintzingschen.

ciana soll trotz Schweigens des Code civil noch im heutigen französischen Rechtsleben ihre Stelle haben.

Hier nur soviel über dieses Capitel, dass Appleton die Leugner der Publiciana im französischen Recht, insbesondere den Belgier Laurent, mit ihren eigenen Waffen zu schlagen sucht und auch zu schlagen scheint.

Laurent verwirft die Publiciana, weil der Code sie nicht erwähne und demnach auch für den Eigenthumsprocess der Grundsatz Platz greife: actori incumbit probatio. Daher müsse der Eigenthümer selbst dem untitulirten Besitzer gegenüber Verjährung oder dominium auctoris beweisen. Die entgegengesetzte Praxis sei ungesetzlich.

Darauf erwidert Appleton: der Satz 'actori incumbit probatio' stehe so wenig im Code, wie die Publiciana. Nur in Anwendung auf Obligationen spreche ihn Art. 1315 aus. Natürlich im Sinne seiner allgemeinen Anerkennung. Aber eben auch nur seiner Anerkennung, nicht seiner Abänderung und Verschärfung gegenüber dem französischen Recht von 1804. Dieses aber habe nach Pothier den Satz 'actori incumbit probatio' im Eigenthumsprocess nur mit der Milderung der Publiciana gekannt, dass das dominium auctoris nur gegenüber einem titulirten Beklagten zu beweisen sei. Die dementsprechende Praxis sei also, ohne es zu wissen, durch die Tradition gerechtfertigt [1]).

So bringt Appleton seiner Aufgabe das lebhafteste praktische Interesse entgegen. Wie schon der Titel 'histoire ... de l'action Publicienne' für dieses wesentlich systematische und dogmatische Werk es ausdrückt, ist ihm das Publicianarecht der Pandektenjuristen nur eine Phase in der geschichtlichen Entwickelung, die ohne Unterbrechung von Publicius über Justinian und Pothier bis zur heutigen französischen Praxis führt. So spricht er denn auch gelegentlich geradezu von der 'séparation absurde' zwischen dem römischen und französischen Recht in Rechtslehre und Rechtsanwendung.

---

[1]) Appleton II S. 352—361. Auf S. 378 sagt er über die Frage sehr treffend: Il ne suffit pas .. de vouloir ignorer la tradition pour s'en affranchir! Elle dicte leurs décisions même à ceux qui n'en ont point approfondi les origines, ils en subissent l'influence à leur insu; oeuvre de raison et d'expérience, elle devient un instinct, une raison qui s'ignore.

Die französische Praxis hat ihm aber auch für die Publiciana selbst interessante Aufschlüsse gegeben. So über die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises bei Grundstücken, die aus einzelnen Parzellen zusammengekauft sind: les aliénateurs ne livrent pas leurs titres, quand ils n'aliènent pas la totalité de leur bien (II, p. 35). So ferner z. B. für die bekannte Controverse zwischen Neratius und Julian (Ulpian) über die Publiciana zwischen Erwerbern a duobus non dominis[1]). Hier bemerkt er, diese Controverse sei nichts als eine noch in der neuesten französischen Praxis offene Streitfrage, ob der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz den Vorzug verdiene (II p. 25).

So geht ein frisches praktisches Leben durch das Buch, dem Brezzo mit Recht un metodo sperimentale che è degno d'esempio nachrühmt.

Insbesondere stellt Appleton allenthalben die processualische und Beweisfrage in den Vordergrund[2]).

Auch vom speciell romanistischen Standpunkt aus hält das Buch jeder Kritik Stand.

In den Formularprocess und das Exceptionen- und Replikenwesen ist Appleton durchaus eingelebt. Seine hypothetischen Formelrestitutionen sind einfach und wahrscheinlich[3]).

Seine Quelleninterpretationen sind gründlich und zugleich, was selten damit zusammengeht, sehr unbefangen.

Hin und wieder verführt ihn allerdings seine rückhaltlose Verehrung der Pandektenjuristen dazu, ihren rasch und leicht hingeschriebenen Sätzen ganz specielle Beziehungen unterzuschieben[4]).

---

[1]) D. (6, 2) 9 § 4; D. (19, 1) 31 § 2. — [2]) So z. B.: en théorie on est propriétaire ou on ne l'est pas, en pratique la question de preuve complique beaucoup la situation; la preuve parfaite .. c'est dans l'immense majorité des cas un idéal, dont on cherche à se rapprocher, mais qu'on ne saurait espérer atteindre. (La Publicienne) renferme donc l'expression d'une vérité profonde et pratique, elle tient compte de cette notion d'expérience journalière: ne cherchons point l'absolu, il n'est point de ce monde (I p. 19. 21. 22). — [3]) So giebt er z. B. für die Publiciana wegen der Baumaterialien eines publicianisch erworbenen Hauses D. (6, 2) 11 § 6, wo Lenel, Edictum S. 132 die Construction der Formel für sehr schwierig erklärt, folgende wahrscheinliche Vermuthung: si caementa huius insulae quam A^us^ A^us^ emit et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si ea caementa eius esse oporteret ex iure Quiritium (I p. 274). — [4]) Wenn z. B. Ulpian D. (6, 2)

Indess eigentliche Künsteleien liest er in die Quellen nirgends hinein, denn was er den Classikern in erster Linie nachrühmt, ist ihr praktischer Sinn[1]) und die einfache Klarheit ihres Denkens. Und so giebt er allenthalben praktische und durchsichtige Erklärungen[2]). —

Appletons Werk ist aus dem Rechtsunterricht hervorgegangen, aus einem 'cours du doctorat', dem 'Seminar' der französischen Facultäten. Mehrere Dissertationen über darin

---

7 § 14 sagt: neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur, und im § 17: Iulianus . . scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri — so wird er, oder sein Muster Pomponius, über die praktische Vereinbarkeit der nach dem Kauf fortgefallenen bona fides mit ihrer Nothwendigkeit im Traditionsmoment kaum viel gegrübelt haben. 'Neque postea' war ja jedenfalls richtig für den häufigen Fall der mit dem Kauf verbundenen Tradition. Daher gewiss zu fein Appleton 99 n. 13: la bonne foi . . . n'est requise ni avant ni après c'est à dire dans le temps intermédiaire entre la vente et la tradition, mais il faudra qu'au jour de la tradition l'acheteur soit redevenu de bonne foi.

[1]) I p. 19: les Prudents . . ne sont point des théoriciens d'école mais de grands praticiens, rompus aux affaires, connaissant . . tous les rouages de l'administration et de la justice: des hommes pour qui le droit ne se sépare jamais de son application usuelle aux choses de la vie. — Wobei aber das schulmässige Element, das 'quae didici' und 'quod vulgo traditur' unterschätzt wird. Ohne Schul- und Buchgelehrsamkeit, Schullehren und Schulbegriffe hätte der ungeheure Stoff nicht von Generation zu Generation sich fortpflanzen können, vgl. Schol. zu Iuv. 4, 77: (Pegasus) iuris studio gloriam memoriae meruit ut liber vulgo non homo diceretur. — [2]) Die bedeutendste Interpretation Appletons ist die von Vat. Fr. 283 (II p. 177—186, p. 379—383). Er stellt durch ein abgedrucktes Facsimile Scialojas fest, dass klar und deutlich ad te proprietas im Manuscript steht und widerlegt auch anderweitig die Vermuthung, es habe 'ad tempus' dastehen sollen. Er zeigt, dass mit 'ad tempus' der vom Niessbrauch handelnde Schluss der Stelle unerklärlich ist, während er sich mit 'ad te' erklärt: 'cum proprietas ad te transferri nequiverit', der Fragsteller war selbst nicht Eigenthümer geworden, daher hat er weder Eigenthum noch Niessbrauch übertragen können. Woher er nicht Eigenthümer geworden war, das wird in der Eingabe gestanden haben, von der hier nur die subscriptio erhalten ist. — Die Interpretation ist gewiss richtig. Gewonnen ist sie durch sorgfältiges, unbefangenes Lesen der ganzen Stelle. — Durchaus entsprechend ist die Pellat-Appletonsche Auslegung von D. (6, 2) 12 pr., von der später zu sprechen ist.

angeregte Fragen zeigen, wie dieser Unterricht gefasst hat. Sie bestätigen den Eindruck, den man beim Lesen von Appletons Buch von seinem juristischen Lehrtalent erhält. Selbst bei den verwickeltsten und schwierigsten Fragen eine bewundernswerthe, durchsichtige Klarheit. Dazu ein aufrichtiger Eifer für die Sache, der den Leser erwärmt und mitreisst, und der bei aller Lebendigkeit mass- und geschmackvolle Stil der guten, französischen Litteratur — kurz die Form hält dem Inhalt durchaus die Wage, und der Beifall, den das Werk in Frankreich und Italien gefunden hat, ist durchaus verdient.

Französische Stimmen weisen Buch und Mann einen wichtigen Platz an in der im Werke begriffenen Herausbildung der 'Universität' Lyon durch immer kräftigere Entwickelung und Vereinigung der seit Napoleon vereinzelten Facultäten und damit in dem grossen Plan der Wiedergeburt Frankreichs durch die geistige Emancipation der Provinzen und die Wiederbelebung des municipalen Geistes.

Wir Deutsche haben allen Grund, diesem Fichteschen Unternehmen der 'Wiedergeburt durch die Universitäten' vollen Erfolg zu wünschen. Je kräftiger und gesunder die beiden grossen Nachbarvölker sich entwickeln, je hingebungsvoller sie ihrer gemeinsamen Culturaufgabe nachstreben, um so eher kann und wird, was sie jetzt trennt, geschlichtet und vergessen werden. Möge also die 'Universität Lyon' bald als erste französische Regionaluniversität sich aufthun und zu Frankreichs Ehre glänzen durch das ernste wissenschaftliche Streben ihrer Lehrer und Studenten, von dem Appletons im Unterricht entstandenes Buch ein schönes Zeugniss ablegt. Und möge der Geist des neidlosen Zusammenarbeitens und Austauschens mit der deutschen Wissenschaft die neue Universität beseelen, wie er Appletons ganzem Buche seinen Stempel giebt.

Als seinen Hauptzweck bezeichnet er, die Ergebnisse der neueren deutschen Publicianaforschung den Franzosen bekannt und zugänglich zu machen (Nr. 8; Nr. 5 Note 43). Aber das Buch giebt eben so viel, wie es entlehnt. Es zeigt, dass schon in der 'érudition', im Philologisch-Historischen die französischen Romanisten durchaus auf der Höhe und zur Mitarbeit befähigt sind. Und für das eigentlich Juristische

bestätigt es mehr als einmal die oft gemachte Wahrnehmung[1]), dass die Franzosen mit ihrem präcisen, positiven und eminent klaren Denken unsern antiken Meistern congenialer sind als der im Suchen und Grübeln sich ergehende deutsche Geist.

II.
Julians Publicianaedict.

Ueber Julians Publicianaedict ist mit unseren dürftigen und verdorbenen Quellen nicht zur Gewissheit zu gelangen. Als wahrscheinlich soll aber im Folgenden behauptet werden: ein und dieselbe Publiciana für den formlosen Erwerb a domino und für den gutgläubigen a non domino, also ein Edict und eine Formel.

Diese Annahme entspricht dem Edictsbericht und der Formel bei G. 4, 36 anerkanntermassen am besten. Aber die von Ulpian D. (6, 2), 1 pr. und 7 § 11 erhaltenen Edictsreste (Edict sensu lato) sollen damit im Widerspruch stehen. Auf Grund dieser Fragmente wird die eine Doppelpubliciana noch neuestens von den meisten verworfen, allerdings von sehr verschiedenen Standpunkten aus.

Brezzo[2]) leugnet die Bonitarierpubliciana ganz und behauptet schon für die classische Publiciana die justinianische Beschränkung auf den bona fide Erwerb a non domino.

Weit häufiger ist die umgekehrte Behauptung, bis zu Justinian habe es zwei verschiedene Publicianen gegeben, die eine für den Bonitarier, die andere für den bonae fidei emptor (a non domino). Und zwar nimmt man für diese zwei Klagen meist zwei Edicte an[3]). Anders aber neuestens Lenel, der in

---

[1]) Insbesondere von Brinz in einer Rectoratsrede (von 1874?) über den Beschluss der Ausarbeitung des deutschen Civilgesetzbuches. Er misst es darin lediglich dem Code Napoleon zu, wenn die zur juristischen Führung Europas berufenen Franzosen dieselbe an die minder dazu befähigten Deutschen verloren hätten. — [2]) Rei vind. ut p. 55; Archivio XLIII p. 271 ff. — [3]) So vor allem Lenel, Beiträge S. 1 ff.; Edictum S. 129—132. Ihm beistimmend: Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Cohn, Krit. Vjschr. XXIV, S. 30—31 (er nennt das Bonitarieredict das 'gesichertste und bedeutendste Ergebniss' von Lenels Beiträgen). Für mindestens zwei Edicte auch Schulin, Röm. Rechtsgesch. (1889) S. 312—314; mindestens, denn er stellt dahin, ob nicht ein drittes Edict bestand für einen weiteren Anwendungsfall der Publiciana, auf den er zum ersten Mal

der Palingenesie neben dem Bonitarieredict eine blosse Formel für den bonae fidei emptor vermuthet [1]).

Von diesen Aufstellungen ist durchaus unwahrscheinlich die Brezzosche, die dem Bonitarier die Publiciana abspricht [2]).

Sie beruht auf dem 'non a domino' D. (6, 2) 1 pr. und auf dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11, in seinem landläufigen Sinn (b. f. Erwerb = Erwerb a non domino).

Indess das non a domino ist tribonianisch aus den oft aufgezählten Gründen, von denen Brezzo auch nicht einen

---

dankenswerther Weise hinweist, nämlich für den Erwerb von einem prätorischen Universalerwerber: bonorum possessor oder bonorum emptor. Hierin vermuthet Schulin a. a. O. den überhaupt ersten Anwendungsfall der Publiciana. Der Prätor habe dem usucapionsfähigen Käufer eine Klage versprochen, um dem bonorum possessor und bonorum emptor die Verwerthung der ihnen überwiesenen bona schon vor abgelaufener Usucapion zu ermöglichen. Eine sehr wahrscheinliche Vermuthung. Dagegen spricht nichts. Dafür spricht, dass danach Publicius durch ein ganz specielles Bedürfniss der prätorischen Jurisdiction zu seiner Reform veranlasst worden wäre, entsprechend dem urrömischen: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti, Pomp D. (50, 17) 36, und entsprechend z. B. der Einführung der actio negotiorum gestorum für das prätorische Jurisdictionsbedürfniss der Processvertretung.

[1]) Paling. II p. 512 n. 3 zu D. (6, 2) 7 § 10 ssq.: ad formulam haec quae sequuntur, non ad alterum edictum pertinet. Iam crediderim praetorem de eo solo edixisse, cui mancipi res a domino tradita esset, de eo autem qui bona fide emisset, solam formulam, quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem proposuisse. Dazu Addenda II p. 1264: del. verba quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem. Nam si praetorem prius de rerum mancipi traditione edixisse posueris, nil est quod mireris eum, cum ad huius edicti exemplum etiam bonae fidei emptori formulam proponeret, denuo non edixisse: quamvis alioquin eae formulae, quae edicto nullo praemisso in albo propositae erant, ad initia iuris praetorii pertinere videantur. Die Ausführung und Begründung seiner neuen Aufstellungen über die Publiciana verspricht Lenel in einem bei Appleton Nr. 44 mitgetheilten Brief, demnächst in 'Nachträgen zum Edict' zu geben. — [2]) Die Bonitarierpubliciana wird mehr oder weniger sicher bezeugt in folgenden Stellen: D. (44, 4) 4 § 32: fundus — in bonis; D. (19, 1) 31 § 2: a non domino — a domino, und doch offenbar dieselbe Klage; D. (39, 2) 18 § 15; D. (6, 2) 6; 7 pr.; 12 pr.; D. (17, 1) 57; D. (21, 2) 39 § 1 — all diese Stellen lassen sich nur gezwungen von Erwerb a non domino verstehen.

widerlegt hat[1]). Diese Interpolation aber wäre ziemlich unbegreiflich, wenn die Publiciana nicht bis zu Justinian dem Bonitarier zugestanden hätte. Dazu kommt die Unwahrscheinlichkeit von Brezzos eigener Hypothese, der Bonitarier habe statt mit Usucapionsfiction mit der Fiction der Mancipation oder in iure cessio geklagt[2]). Die Usucapionsfiction entsprach der wirklichen Praxis, die für bonitarischen Erwerb stets auf die Usucapion als Perficirungsmittel abstellte. Sie war auch viel weniger kühn als die Fiction einer nicht erfolgten Mancipation. Zu dieser hätte man nachträglich kommen kön-

---

[1]) Dass Ulpian in dem Edict D. (6, 2) 1 pr. nicht non a domino las, ergiebt sich bekanntlich zunächst aus D. (6, 2) 7 § 2 und 4, wo Ulpian dies Edict auf Fälle des Erwerbs a domino anwendet, ohne sie als edictwidrig zu bezeichnen. Ferner daraus, dass er zu dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11 ohne Rückverweisung auf das Edict bemerkt, der gutgläubige Käufer habe die Publiciana, selbst wenn er non a domino erworben habe. Sodann daraus, dass bei G. 4, 36 in der Formel und im Edictsbericht von einer Beschränkung auf den Erwerb non a domino kein Wort steht. Auf all dies erwidert Brezzo einfach: 'Né alla l. 7 §§ 2 e 4 § 11, né parimente in Gaio (IV, 36) si può trovare argomento per conchiudere che la Publiciana compete altresi nel caso del acquisizione a domino'. Und nicht besser ist es, wenn er das letzte und stärkste Quellenargument, das Fehlen eines Commentars zu non a domino mit der Bemerkung ablehnt: Qual necessità poteva presentarsi di un commento al parole n o n a d o m i n o? Denn Anlass zu Erörterungen boten die Worte genug, z. B. ob der Bonitarier trotz seines Erwerbs a domino das Edict anrufen könne. Im übrigen zeigen selbst unsere gekürzten Reste von Ulpians Edictscommentar, dass Ulpian grundsätzlich jedes Wort commentirte (vgl. Ulp. D. (5, 3) 20 § 6[d]: aptanda est . . singulis verbis . . . congruens interpretatio). Indess eine kleine Lücke hat der allgemein adoptirte Schluss vom Fehlen des Commentars zu 'non a domino' auf die Unechtheit dieser Worte bei alledem doch. Nämlich die Compilatoren könnten Ulpians Commentar gestrichen haben wegen Anspielung auf das duplex dominium. Um hierüber wegzukommen, ist in der That etwas Glauben und Wagen nöthig. Aber nicht viel. Denn bei der Wichtigkeit des 'non a domino' für das justinianische Recht hätten die Compilatoren den Commentar dazu sicher lieber interpolirt als gestrichen. Wie andererseits diese selbe Wichtigkeit, nämlich die Abschaffung des duplex dominium die Interpolation für 'non a domino' dringend wahrscheinlich macht. — [2]) Eine Anspielung darauf sucht er bei G. 2, 41: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse ac si ea m a n c i p a t a v e l i n i u r e c e s s a e s s e t (!).

nen, für das schon völlig ausgebildete Institut des bonitarischen Eigenthums. Aber wozu hätte da der Prätor die herkömmliche Fiction ändern sollen?

Die Bonitarierpubliciana ist also, trotz ihrer neuesten Ableugnung durch Brezzo, als sicher anzusehen. Dagegen ist schwerer und weitläufiger nachzuweisen, dass eine und dieselbe Publiciana den Bonitarier und den b. f. possessor schützte. Die Behauptung der zwei verschiedenen Publicianen fusst auf der angeblichen Unvereinbarkeit von D. (6, 2) 1 pr. mit D. (6, 2) 7 § 11. Nach Lenel soll die erstere Stelle den Erwerber a non domino ebenso ausschliessen wie die zweite den Erwerber a domino. Aber diese beiden Behauptungen sind unhaltbar. Es wird sich zeigen lassen, dass jeder der beiden prätorischen Sätze ganz gleichmässig auf den Erwerb a domino und a non domino ging.

Zunächst D. (6, 2) 1 pr.:

> Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Nach Lenels in den Beiträgen aufgestellter und im Edictum und der Palingenesie beibehaltener Hypothese ist dies Edict interpolirt für

> Si quis id quod mancipatur traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das wäre in der That ein exclusives Bonitarieredict.

Aber zunächst ist nicht erwiesen, dass das tribonianische 'non a domino' nicht völlig unecht ist, sondern nur eine Interpolation für 'a domino'. Nach der Palingenesie ist Ulpians Commentar zu a domino in den Fragmenten 564—566 erhalten. Aber diese Ausführungen können ganz ebenso gut bei Erörterung des emit der Formel geschrieben sein oder ohne speciellen Anhalt. Unwahrscheinlich ist jedenfalls, dass Ulpian ein Edict über a domino erworbene res mancipi darin erläuterte, denn in den Fragmenten 565 § 1 und 566 (medio § 1 und i. f. § 1) spricht er offenbar von res nec mancipi.

Ferner spricht gegen Lenels Bonitarieredict, ergänzt durch eine Formel für Kauf bona fide, in dem Sinne von Kauf a non domino auch das 'non solum emptori bonae fidei' in Ulpians Commentar zu jenem angeblichen Bonitarieredict D. (6, 2) 3

§ 1. Die durch nichts unterstützte Behauptung in den Beiträgen (S. 39), jenes bonae fidei sei eine Interpolation, wiederholt Lenel in der Palingenesie nicht mehr.

Schluss: es spricht mancherlei gegen und gar nichts für das angebliche 'a domino'.

Nun das 'id quod traditur'.

Hier ist Lenel darin durchaus beizutreten, dass das traditur als Bezeichnung der Uebergabethatsache der Grammatik und dem Edictsstil durchaus zuwider ist, also sicher nicht echt.

Das ist in Kürze zu begründen, da Appletons drei italienische Kritiker Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig die Echtheit des traditur behaupten und zwar Carusi auch mit scheinbaren Gründen [1]).

Carusi giebt für das traditur eine 'spiegazione grammaticale molto semplice'.

Das Präsens, zumal das unpersönliche, passive habe oft eine unbestimmte Bedeutung, in der es jede Zeit bezeichnen könne, ohne doch irgend eine zu präcisiren. Im Verhältniss zu dem Futurum petet sei das Präsens traditur Vergangenheit. Durchaus unserm Edict entsprechende Constructionen seien in den XII Tafeln häufig.

Aber hier wird übersehen, dass die Tempora für zwei sich folgende künftige Thatsachen davon abhängen, ob jene zwei Thatsachen sich unmittelbar folgen oder begrifflich durch einen Zeitraum getrennt sind. Folgen sie sich unmittelbar, so ist beim Eintritt der zweiten Thatsache die erste noch gegenwärtig. Da ist für sie ein Tempus der Gegenwart am Platz, das Präsens oder pedantischer das Futurum I.

Liegt dagegen zwischen beiden Thatsachen ein Zeitraum, so ist beim Eintritt der zweiten die erste schon vergangen, und jedes gesunde Sprachgefühl wird ein Tempus der Vergangenheit für sie fordern: das Perfectum oder das Futurum II.

Ein Beispiel aus den XII Tafeln. Warum heisst es: uti legassit ita ius esto, und wieder: si intestatus moritur . .

---

[1]) Carusi l'azione Publiciana p. 29—30. — Buonamici (Archivio XLIII p. 234) giebt gar keine Begründung und Brezzo (Archivio XLIII p. 273) eine handgreiflich falsche: für 'si quis id quod traditur petet' soll eine relazione de tempi perfettamente identica sein G. 2, 43: earum rerum usucapio . . competit quae . . tradita fuerint.

agnatus . . familiam habeto? Warum nicht uti legat und si mortuus erit? Die Antwort liegt auf der Hand: weil das Vermögenhabensollen des Agnaten auf das intestate Versterben unmittelbar folgt, während zwischen Anfertigung und Rechtskraft des Testaments begrifflich ein Zeitraum liegt: das Lebensende und der Tod.

Genau so liegt in unserem Edict zwischen dem tradi und dem petere der Usucapionsbesitz des Klägers (nondum usucaptum) und der Besitzverlust. Also hätte auch ein Decemvir nicht anders geschrieben als: si . . quod traditum erit (est) petet. Traditur wäre richtig nur bei zwei Schlag auf Schlag sich folgenden Handlungen, z. B. si quis id quod traditur (tradetur) accipiet [1]).

---

[1]) Eine Durchsicht der Reste von XII Tafeln und Edict bei Bruns (Ed. V) wird das Obige bestätigen und zugleich die Grundlosigkeit von Carusis Behauptung ergeben: 'nei testi delle XII tavole é noto come si usi . . . il presente in luogo del passato'. Die XII Tafeln gebrauchen das Präsens da, wo die späteren meist das Futurum I setzen: I, 1: si in ius vocat (Edict D (2, 8) 2 § 2: si in ius vocabit); VII, 8[a]: si aqua pluvia nocet (Paulus D. (43, 8) 5: si nocebit). — Nämlich um die erste von mehreren unmittelbar sich folgenden künftigen Handlungen zu bezeichnen: I, 1: si in ius vocat ito, ni it antestamino etc. oder III, 4: ni suo vivit qui eum . . habebit etc. oder V, 4 si . . moritur, cui . . escit etc. etc. Dagegen wo begrifflich ein Zeitraum zwischen beiden Thatsachen liegt, wie nach naiver Anschauung zwischen Delict und Strafe, da steht die erste ausnahmslos in der Vergangenheit. Manchmal im Perfectum: II, 2: status dies . . quid horum vitium fuit, VIII, 3: si os fregit, VIII, 24: si telum . . fugit magis quam iecit, XII, 3: si vindiciam falsam tulit. Regelmässig dagegen, ganz wie im Edict, im Futurum II: II, 3: cui defuerit, III, 6: si . . secuerunt; IV, 2: si . . venum duuit, V, 3: uti legassit, VII, 7: ni . . delapidassint, VIII, 1: qui incantassit, VIII, 2: si . . rupsit, VIII, 4: si . . faxsit, VIII, 8[a]: qui . . excantassit, VIII, 8[b]: neve . . pellexeris; VIII, 12: si . . faxsit . . si . . occisit, VIII, 21: si . . fecerit, VIII, 22: qui . . sierit . . fuerit, X, 7: arduuitur; XII, 2[a]: si . . faxsit . . noxit, Festus v. v. nancitor in XII tabulis nactus erit. — Im Edict steht statt des Präsens der XII Tafeln meist das Futurum I. Ausnahmen: si quis manumissus, manumissa moritur (Probus Einsidl.); qui . . iniuriarum agit certum dicat D (47, 10) 7 pr.; eos qui possident de possessione decedere iubebo D. (42, 4) 5 § 2. Ebenso steht einige wenige Mal statt des Futurum II das Perfectum: qui pecuniam debitam constituit D. (13, 5) 1 § 1; quod depositum sit D. (16, 3) 1 pr.; si quid in fraudem patroni factum sit D. 38, 5. Dagegen ein Prä-

Es bleibt also dabei: das Edict 'si quis id quod traditur .. nondum usucaptum petet' ist in seiner hin und her taumelnden Unordnung der Tempora schlechterdings beispiellos[1]). Schwer begreiflich, wie es in das Edict gekommen sein sollte, noch unbegreiflicher, dass es darin geblieben wäre. Denn nachweisbar ist das Edict in der Kaiserzeit auch rein stilistisch überarbeitet worden (u. S. 244). Wer das 'traditur' also für echt erklären will, weil es doch nun einmal dasteht, der mache das grosse Fragezeichen daneben, was gewagte Hypothese bedeutet.

Auf diese Unmöglichkeit des 'traditur' stützt nun Lenel seine bekannte Vermuthung, das si quis id quod traditur sei entstanden aus mechanischer Interpolation eines ursprünglichen: si quis id quod mancipatur traditum, in: si quis id quod traditur traditum, wo dann das traditum gestrichen worden sei.

Hier erscheint gut beglaubigt die compilatorische Streichung eines einst vorhandenen traditum. Dafür beruft sich Lenel auf Ulp. D. (6, 2) 3 § 1: ait praetor: 'ex iusta causa petet'. qui igitur iustam causam traditionis habet, wonach Ulpian hier in der That ein 'traditum ex iusta causa petet' commentirt zu haben scheint.

Im übrigen ist Lenels Conjectur an sich durchaus möglich. Ebenso ist möglich das darauf errichtete Publicianaedict, so wie es Lenel jetzt in der Palingenesie annimmt. Darüber nachher bei dem 'qui bona fide emit'. Dort auch mancherlei Gründe gegen Lenel.

Hier nur ein Bedenken. Bei keinem uns erhaltenen Edict liegt der Verdacht einer annähernd ebeno gründlichen und

---

sens statt eines Futurum II (oder eines Perfectum) wird man im Edict gerade so vergeblich suchen wie in den XII Tafeln oder in den sonstigen Gesetzfragmenten bei Bruns.

[1]) Nur auf den ersten Blick erscheint verwandt Julian D. (21, 2) 39 § 1: si servus hominem emerit et duplam stipuletur deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit. Denn im Verhältniss zu emerit ist stipuletur richtig. Dagegen wäre in der That unlogisch und unserm traditur gleich die Folge: stipuletur vendiderit. Aber die liegt hier eben nicht vor, denn es steht 'deinde' dazwischen und das macht alles davor Stehende zum Vergangenen.

künstlichen Umarbeitung vor. Unpassende Edicte liessen die Compilatoren einfach fort. Warum sollten sie hier statt dessen so künstlich interpolirt haben?

Jedenfalls aber könnte Lenels Conjectur nur dann für einigermassen sicher gelten, wenn keine andere Erklärung des traditur sich böte. Eine solche bietet sich aber.

Wenig wahrscheinlich ist allerdings Huschkes Vermuthung (in der J. A. zu G. 4, 36), es liege eine nachjustinianische Verschreibung vor. Statt 'traditur ex iusta causa et' habe noch der Pandektentext gelautet 'traditum ex iusta causa est'[1]). Denn die hier vorausgesetzte doppelte Verschreibung ist unwahrscheinlich. Ferner klingt wenig edictal das nachhinkende est: id quod traditum ex iusta causa est. Endlich bliebe dabei unerklärt die wahrscheinliche Streichung des traditum D. (6, 2) 3 § 1.

Hier eine andere Möglichkeit.

Das Edict, in dem non a domino et interpolirt ist, lautete bei Ulpian ganz normal:

> Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium dabo.

In einem in Noten geschriebenen Manuscript stand tradit'èr und das verlas der Schreiber der dem Compilator vorliegenden Ulpianhandschrift in traditur. Dann kann man hinzuvermuthen, der Compilator habe D. (6, 2) 3 § 1 von dem Stichwort 'traditum ex iusta causa petet' das traditum deshalb gestrichen, weil er es in seinem Text 'traditur ex iusta causa' nicht sah.

Für sicher soll diese Vermuthung natürlich nicht gegeben werden, denn jede Vermuthung hat die Wahrscheinlichkeit gegen sich: 'fallax . . opinio divinatrix' (Studemund). Aber

---

[1]) Hiergegen beruft man sich allgemein auf das übereinstimmende Zeugniss 'der Handschriften'. Aber im Zweifel haben wir doch nur eine Handschrift, nämlich die Florentina. Wie treu die Vulgathandschriften den florentinischen Text wiedergeben und zugleich wieviel Fehler dieser Text enthält, das zeigt ein Blick auf den Rand von Mommsens Pandekten zu D. 10, 1; 2 und 3, wo die unabhängigen Texte G. und N. eine Controlle der Florentina und der Vulgathandschriften gestatten. So könnte denn auch für unser Edict die Florentina verschrieben und die Vulgathandschriften von ihr abgeschrieben sein.

sie ist durchaus möglich, und so zerstört sie Lenels bestes Argument für sein 'id quod mancipatur', die Frage nämlich: 'wie sollte das absurde traditur sonst entstanden sein'? —

Endlich das eigentliche Räthsel der Publicianarestitution: Ulp. Ed. 17 D. (6, 2) 7 § 11: Praetor ait: 'qui bona fide emit'[1]).

Was ergiebt zunächst rein äusserlich die Wortform über die Herkunft dieser Worte?

Bisher wurden sie meist einem Edictssatze zugeschrieben. Einem bona fide Kaufedict[2]) oder (von Schirmer) einem edictalen Uebergangssatz zwischen Edict und Formel[3]).

Dagegen aber jetzt Lenel in der Palingenesie (II, p. 512 n. 6): non possunt haec esse edicti verba: in edicto enim praetor aut 'emerit' dixisset aut 'emisse dicetur'.

Das ist in der That sehr berücksichtigenswerth. Jede Auffassung der Worte als edictal hat einen Wahrscheinlichkeitsgrund gegen sich. Mehr aber auch nicht. Lenels non possunt haec esse edicti verba ist zu absolut.

Zunächst besitzen wir Edicte mit dem Perfectum statt des normalen Futurum II[4]). Eine solche Ausnahme könnte auch unser emit sein[5]).

---

[1]) Sehr gewaltsam ist Pernices Verfahren gegenüber dem q. b. f. e.; er ist 'geneigt, die bedenklichen Worte als missverständliche Kürzung (?) Ulpians oder der Compilatoren' wegzuwerfen (Labeo II S. 161). — [2]) So z. B. Lenel in den Beiträgen und im Edictum; Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71. — [3]) Schirmer, Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 349. —

[4]) D. (13, 5) 1 § 1: qui pecuniam debitam constituit (Paling. II, p. 577 n. 1).

D. (16, 3) 1 pr.: quod depositum sit (Paling. Ulp. 886).

D. 27, 5: de eo qui pro tutore negotia gessit (Paling. II, p. 1251 Nr. 126).

D. 38, 5: si quid in fraudem patroni factum sit (Paling. II, p. 1251 Nr. 151).

D. 42, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt (Paling. II, p. 1254 Nr. 268).

Und ganz entsprechend steht auch das Präsens statt des normalen Futurum I:

Probus Einsidl.: si quis manumissus .. moritur.

D. 14, 5: cum eo qui in aliena potestate est (Paling. II, p. 1250 Nr. 104).

D. (42, 1) 5 pr.: cuius de ea re iurisdictio est (Paling. Ulp. 1377).

Sonst bliebe behufs Unterbringung von qui bona fide emit in einem Edictssatz noch die Möglichkeit einer Veränderung aus emerit durch den seiner Gewohnheit nach aus dem Kopf citirenden Ulpian [1]) oder durch einen Schreiber vor oder bei der Compilation, oder auch nach ihr (o. S. 232 A. 1).

D. (42, 4) 5 § 2: eos qui possident .. iubebo (Paling. Ulp. 1388).
D. (47, 10) 7 pr.: qui agit iniuriarum certum dicat (Paling. Ulp. 1339).
(Lenel) de iniuriis quae servis fiunt (Paling. II, p. 1253 Nr. 194).

Natürlich könnten diese Citate von Ulpian oder von einem Abschreiber verdorben sein. Aber ganz dasselbe gilt eben auch von unserem 'qui emit'. — [5]) Auch neben dem oben als wahrscheinlich hingestellten: si quis id quod traditum erit? — Wenn dies unmöglich wäre, so würde daraus die Unrichtigkeit einer der beiden Annahmen folgen. Aber ist 'emit' neben 'traditum erit' in einem und demselben Edict wirklich undenkbar? Kaum. Denn das häufige Nebeneinanderstehen der directen Form und der mit si dicetur im selben Edicte ist doch kaum weniger incorrect.

[1]) Nachstehende falsche Edictscitate führt Ulpian durchweg mit einem 'ait praetor', 'verba praetoris', 'haec verba' wie echte ein. Wären wir nicht ganz zufällig in der Lage, sie mit dem Edict zu vergleichen, wir müssten und würden sie für wortgetreu halten:

1. D. (47, 10) 17 § 10 und § 18 (Lenel 1362—1365: ipsi qui iniuriam accepisse dicetur [quod ait: qui iniuriam accepit] — die volle Analogie unseres emit!
2. D. (43, 5) 1 pr. und § 10 (Lenel 1474—1475): qua tabulas reliquisse dicetur [reliquerit].
3. Von dem Retorsionsedict D. (2, 2) 1 § 1 citirt Ulpian D. (2, 2) 1 § 2 und fr. 3 § 5 den Satz qui magistratum potestatemve habebit si quid in aliquem novi iuris statuerit so: quod statuerit qui iurisdictioni praeest. Den Folgesatz giebt er einmal so an: ipse .. eodem iure uti debet, dann: ut is eodem iure utatur. — Vgl. dazu Lenel, Edictum S. 47; Paling. Ulp. 217—219.
4. D. (2, 4) 4 § 1 und 10 § 11 (Lenel 259. 263): in ius sine [nisi] permissu meo ne quis vocet.
5. D. (4, 3) 1 § 1 und 7 pr. (Lenel 383—385: si alia actio non erit [sit].
6. D. (43, 6) 1 pr. § 2 (Lenel 1482—1484): in loco sacro facere . . . quid veto [ne quid in l. s. fiat].
7. D. (43, 17) 1 pr. § 5 (Lenel 1536): uti . . . nec vi, nec c. nec pr. alter ab altero possidetis [perpetuo hoc interdicto insunt haec: quod n. v. n. c. n. pr. ab illo possides].
8. Von dem Cognitorenedict D. (3, 2) 1, Lenel 277, citirt Ulpian

Wenn emit weniger gut in ein Edict passt als in eine Formel, so steht es gerade umgekehrt mit dem qui (bona fide emit). Das passt ins Edict, dagegen nur schlecht in eine Formel [1]).

Aber hier bietet sich ausser den für emit dargelegten Möglichkeiten unabsichtlicher Entstellung, besonders durch ulpianisches aus dem Kopf Citiren, noch die eines Tribonianismus. Denn etwaige Spuren der Formelprovenienz mussten verwischt werden [2]). Da könnten denn die Compilatoren sehr wohl ein quem A^us^ A^us^ .. emit (vgl. G. 4, 36) in qui .. emit verwandelt haben. —

Der Wortform nach passt q. b. f. e. also besser in eine Formel als ins Edict. Aber nur etwas besser; die Edictszugehörigkeit ist auch durchaus möglich. Da müssen denn sachliche Gesichtspunkte entscheiden.

Zunächst der Wortsinn von 'qui bona fide emit'. In zwei Punkten steht dieser Satz wirklich oder scheinbar im Widerspruch mit dem allgemein auf traditio ex iusta causa abstellenden Edict (D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36. Er spricht nur von qui .. emit und nur von qui bona fide emit. Den ersten Widerspruch sucht Appleton neuestens [3]) durch die Annahme zu beseitigen, 'emit' stehe hier in seinem ursprünglichen Sinn für accipere. Aber das ist unmöglich.

Einmal war schon für Verrius Flaccus diese Bedeutung

---

ungenau fr. 2 § 2 und 6 § 5 (Lenel 278. 283) statt dimissus missus, statt damnatus condemnatus. Bedenklicher ist die Aeusserung fr. 2 § 5: ait praetor 'qui in scaenam prodierit infamis est'. Lenels Versicherung zu Ulp. 279: infamis est Trib. aut gloss. möchte ich nicht unterschreiben, denn so sicher er das infamia notatur D. (3, 2) 1 pr. als Interpolation nachgewiesen hat, ebenso sicher sind ähnliche Wendungen häufig echt und ulpianisch: D. (3, 2) 4 § 5, 6 §§ 1. 6. 7 und sonst passim daselbst.

Schluss: auf die Wortform von Ulpians Edictscitaten ist sehr wenig Verlass, zumal bei den im Commentar als Schlagworte angeführten.

[1]) Carusi p. 66 conjicirt recht hübsch: Si A^us^ A^us^, qui bona fide emit, hominem sibi traditum anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret. — [2]) Vgl. D. (9, 1) 1 § 11: eum qui für N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ (Lenel, Edictum S. 155). — [3]) In dem schon erwähnten schriftlichen Nachtrag o. S. 214 A. 2.

des emere längst veraltet, vgl. Festus-Paulus unter abemito, emere, redemptores. So bezieht denn auch Gaius D. (6, 2) 8 und Ulpian D. (6, 2) 7 § 11 ssq. das fragliche qui b. f. emit nur auf den Kauf. Also hätte auch Julian es so auffassen und für 'empfangen' ein anderes Wort in das Edict setzen müssen.

Sodann: wenn emit hier accepit bedeutet hätte, dann natürlich auch in der Formel bei Gaius 4, 36: emit et is ei traditus est. Dieselbe hätte dann zweimal die Sachübergabe erwähnt, dagegen die causa traditionis gar nicht!

Der Gegensatz: Kauf — jede iusta causa besteht also wirklich.

Dagegen ist gewiss nur scheinbar der fast ausnahmslos angenommene Gegensatz zwischen dem bona fide emere und der gleichmässig für Bonitarier und sog. bona fide Erwerber (a non domino) geltenden Publiciana. Dieser Gegensatz verschwindet, sobald man mit Brinz[1]) die bona fides objectiv nimmt, so dass sie auch den bonitarischen Erwerb umfasst.

So scheint noch Ulpian das Wort zu verstehen D. (6, 2) 7 § 11:

> Praetor ait 'qui bona fide emit'. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse quamvis non a domino emerim licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

Also: sufficit me b. f. emptorem fuisse quamvis non a domino emerim. Da scheint Ulpian einen zweiten b. f. emptor vor Augen zu haben, der a domino erwarb.

Dieser Schluss wäre nun an sich bei Ulpians überraschender Schreibweise wenig sicher[2]). Aber er erhält die erwünschte

---

[1]) Brinz zum Recht der b. f. possessio SS. 83. 86. 89. ff., 99 f. — Mit ihm einverstanden: Hartmann, Kr. Vjschr. XVIII S. 164; Bechmann, Kauf I S. 388. — [2]) Einen schlagenden Beweis dafür bietet der Schlusssatz unserer Stelle, wonach dolus des Verkäufers die Publiciana nicht ausschliesst. Hätte er dabei bewusst nur an Grundstücke gedacht, so würde er es gesagt haben, zumal angesichts der auf den homo abgestellten Musterformel, die er gerade erläuterte. Er wird also wohl in seinem Streben nach allseitiger Illustrirung des qui bona fide emit auch den Satz: 'licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi

Bestätigung durch andere Umstände, insbesondere durch die von Brinz herangezogene Parallelstelle D. (48, 5) 28 ⟨27⟩ § 1 gleichfalls von Ulpian:

> lex eum nominavit 'ad quem ea res pertinebit'. igitur bonae fidei emptorem quamvis ab eo emerit qui dominus non est, recte dicemus eum esse, ad quem ea res pertinet.

Die volle Bestätigung dieser beiden Stellen giebt D. (41, 4) 8 von Julian (Brinz S. 99):

> Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam servos emit non usucapiet.

Die ganze Stelle, zumal das zweimal wiederholte servos emit zeigt, dass die Bonitarierusucapion in Frage steht. Von dieser sprechend behandelt also Julian, im Einklange mit den von ihm besprochenen älteren Juristen, als durchaus gleichbedeutend 'mala fide emptorem esse' und 'non usucapere' und 'bona fide emptorem esse' und 'usucapere'.

Dass der Bonitarier zur Usucapion bona fides brauche, darüber waren alle einig. Die Controverse drehte sich nur um den Inhalt dieser nöthigen bona fides. Nach den plerique, deren Ansicht Julian zum Siege brachte, lag diese bona fides schon objectiv in der Thatsache des Erwerbs vom Eigenthümer: quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?

Die Gegenansicht hatte auch für den Bonitarier eine specielle, rein moralische Redlichkeit gefordert.

Uns genügt, dass zu Julians und noch zu Ulpians Zeit der Ausdruck bona fide emptor keineswegs auf den Käufer a non domino beschränkt war, vielmehr, wenigstens im weiteren Sinne, auch den Bonitarier umfasste. Denn daraus er-

---

nocebit' rasch hingeworfen haben (schreibend oder wahrscheinlicher dictirend), ohne an den Elementarsatz zu denken, dass die dolo malo vom Nichteigenthümer verkaufte Sache furtiv wird und damit der Publiciana entzogen: J. (2, 6) 3; D. (6, 2) 9 § 5.

giebt sich a fortiori diese weitere Bedeutung für unser qui bona fide emit D. (6, 2) 7 § 11.

A fortiori, weil die fraglichen Worte (ob edictal oder formular) präsumtiv ein uranfänglicher Bestandtheil des Publicianaedictes sind. Denn da die Urpubliciana ganz gewiss auf Kauf ging[1]), so hat jeder auf Kauf gestellte Bestandtheil des Publicianaedicts, Formel wie Edict, die Vermuthung der Ursprünglichkeit für sich.

Damit aber auch die Vermuthung eines gewissen Alters. Zwar können wir von unserem Prätor Publicius nur soviel behaupten, dass es keiner der drei uns zufällig bekannten ist. Aber man darf ihn vermuthungsweise in das 2. Jahrhundert v. Chr. setzen[2]). Damals also wird das qui bona fide emit geschrieben worden sein. Der Bonitarier sollte eben erst Klagschutz erhalten, er war noch nichts als ein durch exceptio rei venditae et traditae geschützter Usucapionsaspirant, ein vertrauensseliger Mann, der, statt durch die Rechtsform sich zu sichern, in Treu und Glauben formlos gekauft hatte. Er war ein bona fide emptor. Und da noch Julian und Ulpian ihn so nannten, so kann nicht nur, so muss Publicius 300 Jahre vorher ihn so genannt haben[3]).

Da ist denn wohl in dieser von Brinz betonten Doppelbedeutung des bona fide emere der bestgesicherte Punkt für die ganze Publicianarestitution zu sehen. Ist er das aber

---

[1]) Positive Anhaltspunkte für diesen Glaubenssatz fehlen allerdings. Die auf Kauf abgestellte Formel bei G. 4, 36 (und D. (6, 2) 7 § 11?) beweist nicht gegen ein von Anfang an allgemeines Edict. Waren doch auch z. B. für die allgemeinen Injurienedicte die Formeln speciell, vgl. Lenel, Edictum §§ 190. 193; Wlassak, Edict und Klageform S. 78—79. Aber die allgemeine Entwickelung des römischen und zumal prätorischen Rechts von dem praktisch wichtigsten Einzelfall zur theoretischen Verallgemeinerung spricht entscheidend für eine auf Kauf abgestellte Urpubliciana. Ebenso spricht dafür die exceptio rei venditae et traditae, die vor allem für den Bonitarier berechnet und doch auf Kauf formulirt war. — [2]) Vgl. z. B. Pernice, Labeo II S. 158 A. 19. — [3]) Brinz a. a. O. S. 83: 'Vielleicht war auch das eine b. f., dass man im Vertrauen ... von der Mancipation .. Umgang nahm'. — Bechmann, Kauf I S. 388: 'dass auch in das bonitarische Verhältniss ein Moment der b. f., freilich in einem weiteren Sinne als den das klassische Recht mit dem Worte bei der Ersitzung verbindet, hereinwirkt'. —

wirklich, so sind die bisherigen Restitutionsversuche verfehlt. Denn sämmtlich [1]) gehen sie aus von der justinianischen Bedeutung des bona fide emere = a non domino emere. Hier eine gedrängte Uebersicht über die hauptsächlichsten neueren Vermuthungen, unter Beiseitelassung von Brezzos die Bonitarierpubliciana ganz verwerfender Restitution (o. S. 226). Kürze halber wird mit diesen Autoren der Erwerb a non domino als bona fide Erwerb bezeichnet.

Das ex omni iusta causa Klage verheissende Edict bei Ulpian D. (6, 2) 1 pr. und bei G. 4, 36 ist mit dem qui bona fide emit D. (6, 2) 7 § 11 folgendermassen combinirt worden:

1. ein allgemeines Bonitarieredict mit Formel und ein bona fide Kaufedict mit Formel.

So Lenel in den Beiträgen und im Edictum. Anscheinend damit einverstanden: Wlassak und Schulin [2]).

Dies System ist zu verwerfen.

Allerdings ist Lenels eigener Gegengrund in der Palingenesie: qui bona fide emit weise auf eine Formel hin, im Edict hätte es emerit oder emisse dicetur heissen müssen, oben (S. 233 ff.) als nicht entscheidend befunden worden.

Dagegen schlagen durch Appletons Gründe gegen eine noch bei Julian auf Kauf beschränkte bona fide Publiciana. Vor allem Appletons (Nr. 27) Berufung auf Ulp. (Lenel 574) D. (6, 2) 11 § 3: Interdum tamen licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore quo experiar furtivam matrem ignorem.

Hier gewährt also Julian dem bona fide Beschenkten die Publiciana. Und zwar ohne weiteres, denn die Verwunderungsausdrücke: interdum, licet, si modo, gehen — soweit sie echt sind — offenbar nicht auf den Fall der Schenkung als solchen, sondern auf die hier vorliegenden Complicationen: Schenkung

[1]) Bis auf Brinz a. a. O. S. 101, dessen Restitution aber in der Form unhaltbar ist: si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, iudicium dabo. — [2]) Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14. Schulin, Römische Rechtsgeschichte § 71.

einer gestohlenen Sache und Publiciana wegen ihrer Erzeugnisse.

Und zwar schrieb Julian diese Erörterung nicht, wie Appleton sagt, wenige Jahre später als die Edictsredaction, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach schon einige Jahre früher. Denn sie wird aus demselben 7. Buch Julians sein, was Ulpian D. (6, 2) 7 § 17 citirt. Dies aber schrieb Julian gewiss einige Jahre vor der Edictsredaction (131 n. Chr.: Hieronymus), da Buch 6 auf Grund von D. (5, 3) 20 § 6 vor 129 gesetzt werden muss [1]).

Also bestand schon vor der Edictsredaction die von G. 4, 36 — und beiläufig schon vor ihm von African D. (9, 4) 28 — bezeugte Praxis, wonach jeder bona fide Erwerber die Publiciana erhielt. Da erscheint unannehmbar, dass Julian bei seiner Edictsredaction die Beschränkung der b. f. Publiciana auf Kauf beibehalten hätte [2]).

Weitere schwere Bedenken gegen Lenels frühere Annahme zweier Publicianaedicte entspringen den beiden Voraussetzungen dieser Annahme. Einmal ist überaus gewagt die Conjectur, auf der sein Bonitarieredict beruht: 'si quis id quod traditur . . non a domino' sei tribonianisch für: si quis id quod mancipatur traditum . . . a domino (s. o. S. 228 ff.), sodann ist, wie eben gezeigt, kaum annehmbar die Voraussetzung, auf der die Annahme des zweiten Edictes beruht, dass nämlich qui bona fide emit den Erwerber a non domino bedeute und den Bonitarier ausschliesse.

Diese beiden letzten Bedenken sprechen nun ganz ebenso auch gegen Lenels neue Hypothese, welche mit D. (6, 2) 11 § 3 im Frieden ist, nämlich:

2. ein Bonitarierdict mit Bonitarierformel (die bei G. 4,36?) und dazu eine bona fide Kaufformel [3]).

---

[1]) Fitting, Juristenschriften S. 5—7. — [2]) Allerdings hätte er bei Verallgemeinerung der b. f. Publiciana die zwei Edicte durch eins ersetzen müssen, und das war für römische Begriffe nichts Kleines. Auch hat Julian keineswegs jede von ihm gebilligte Praxis ins Edict aufgenommen, z. B. D. (39, 2) 7 § 2 und 9 pr. Aber trotz alledem, dieser Widerspruch zwischen prätorischer Satzung und prätorischer Uebung wäre zu stark gewesen, als dass ihn Julian vernünftiger Weise hätte bestehen lassen können. — [3]) Lenel, Palingenesie II p. 511 n. 1; p. 512 n. 3 ss.; p. 1264 corrigenda zu p. 512 (s. o. S. 226 A. 1).

Die angegebenen beiden Bedenken reichen zur Verwerfung dieses neuen Systems hin. Aber auch sonst spricht mehreres dagegen. Insbesondere [1]), dass danach für die wichtige Publiciana für Erwerb a non domino noch bei Julian kein Edict gestanden hätte, sondern nur eine Formel. Lenel, Palingenesie II, p. 512 n. 3 suchte diesen Einwand durch die Vermuthung zu pariren, die b. f. Formel sei älter gewesen als das Bonitarieredict. Aber in den Corrigenden II, p. 1264 nimmt er diese Vermuthung zurück. In der That ist ja auch die umgekehrte Entwickelung der Publiciana wahrscheinlicher: den formlosen Erwerb wollte Publicius schützen und erst folgeweise schützte er den Erwerb a non domino.

3. ein allgemeines Bonitarieredict nebst ebenso allgemeinem bona fide Edict und zu beidem die Formel bei G. 4, 36.

So neuestens [2]) Appleton. Aber diese Annahme beruht auf der unmöglichen Uebersetzung von 'emit' durch 'empfing' (o. S. 235) und ist daher schon desswegen zu verwerfen.

4. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa, nämlich das Edict D. (6, 2) 1 pr. ohne non a domino. Dazu zwei Formeln, nämlich die bei G. 4, 36 für den Bonitarier und eine zweite mit qui bona fide emit (o. S. 235 A. 1) für den Erwerber a non domino. So Carusi S. 65 f., aber sein Ausgangspunkt Erwerb bona fide = Erwerb a non domino erscheint verfehlt.

5. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa. Dazu als einzige die Formel bei G. 4, 36. Beides verbunden durch einen Ueber-

---

[1]) Eine auffallende Folge von Lenels System ist auch, dass danach noch bei Julian die Publiciana edictal auf res mancipi beschränkt gewesen wäre. Denn neben dem auf id quod mancipatur ausdrücklich abgestellten Edict hätte für den Erwerb a non domino eine Formel gestanden, die nach G. 4, 36 und nach Edictssitte ebenfalls eine res mancipi zum beispielsweisen Gegenstand gehabt hätte. Praktisch wäre natürlich die b. f. Publiciana a fortiori auch für res nec mancipi gewährt worden. Aber dass Julian diese Verallgemeinerung nicht auch edictal zum Ausdruck gebracht hätte, das passt wenig zu dem theoretischen Verallgemeinerungsdrang der Kaiserjuristen. — [2]) In dem S. 214 A. 2 erwähnten schriftlichen Nachtrag.

gangssatz, wie: ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo.

So Schirmer und nach ihm Appleton in seinem Buch [1]). Hier erscheint nur die Auffassung von bona fide = a non domino verwerflich. Die Idee selbst ist, wie sofort zu zeigen, durchaus nicht unannehmbar.

Zum Schluss ein eigener Restitutionsversuch.

Die eben besichtigte Kartenhäuser-Trümmerstätte ist nicht ermuthigend für solche Neubauversuche. Sie bestätigt zu sehr Studemunds: 'fallax opinio divinatrix'.

So wird denn von vornherein auf ein irgendwie sicheres Ergebniss verzichtet und weiter nichts beabsichtigt als klarzustellen, was hinsichtlich des julianischen Publicianaedicts als möglich, wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich anzunehmen ist.

Sehr wahrscheinlich und daher der Ausgangspunkt aller weiteren Vermuthungen ist, dass qui bona fide emit auf Publicius zurückgeht, und dass für Publicius 'bona fide emptor' jeder usucapionsbedürftige und usucapionsfähige Käufer war.

Der Satz 'qui bona fide emit' gehört also zu einer Doppelpubliciana, die den Bonitarier und den Käufer non a domino gleichmässig schützte.

Zu einer solchen Doppelpubliciana passt nun durchaus auch unser zweites Zeugniss: der Edictsbericht und die Formel bei G. 4, 36.

Ebenso passt dazu das Edict D. (6, 2) 1 pr.

Denn so unhaltbar Brezzos Behauptung ist, das 'non a

---

[1]) Schirmer, Krit. Vierteljahrsschrift XVIII S. 349 ff. Er nimmt als Edict D. (6, 2) 1 pr. an mit Fortlassung von non a domino. Appleton Nr. 44, durch Lenel von der Unmöglichkeit des 'id quod traditur ex iusta causa' überzeugt, und gegen Lenel von der Unmöglichkeit zweier Edicte, hatte folgendes Edict conjicirt, was er seitdem selbst aufgegeben hat:

> Si quis id quod traditur vel mancipatur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Noch unmöglicher erscheint Bonfantes Conjectur (Riv. p. l. scienc. giur. 1890 p. 97), die er selbst 'non troppo felice' nennt: Si quis id quod mancipatur ex iusta causa traditum sibi, sive is qui bona fide emit id quod vel mancipatur vel traditur ex ea causa traditum sibi et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

domino' sei echt und beweise den Ausschluss des Bonitariers, ebenso unhaltbar ist Lenels Versuch, aus dem 'non a domino' (Trib. für 'a domino') und dem 'id quod traditur' (Trib. für 'id quod mancipatur traditum') ein Bonitarieredict zu erschliessen. 'Non a domino' kann ganz und gar interpolirt sein und 'traditur' kann z. B. in der oben dargelegten Weise aus 'traditum erit' (tradit' èr) entstanden sein. Es zwingt, ja sogar es berechtigt uns also schlechterdings nichts, das Edict D (6, 2) 1 pr. auf den bonitarischen Erwerb a domino zu beschränken [1]).

So kann denn die sachlich allein interessante Frage der Edictsrestitution, die Frage nämlich, ob eine oder zwei Publicianen, als gelöst angesehen werden und zwar als gelöst im Sinne der Einheit [2]). Die Quellen und die allgemeinen Erwägungen (eine Usucapion, also eine Publiciana!) sprechen in vielem dafür und in nichts dagegen [3]).

Was bleibt, ist eine blosse Wortfrage: wie lässt sich das 'qui bona fide emit' am besten mit dem Edict D. (6, 2) 1 pr. in Verbindung denken unter Berücksichtigung des Edictsberichts und zumal der Formel bei G. 4, 36.

Da das Edict nach D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36 auf Erwerb 'ex omni iusta causa' ging, so muss die Beschränkung unseres 'qui bona fide emit' auf Kauf mit der gleichen Beschränkung der edictalen Musterformel zusammenhängen. Und zwar bieten sich zwei Möglichkeiten, von denen wir vielleicht die eine als die wahrscheinlichere bezeichnen können, dagegen keine als schlechtweg unwahrscheinlich.

Nämlich 'qui bona fide emit' gehört entweder der Formel selbst an und ist bei G. 4, 36 irgendwie ausgefallen, oder es stammt aus einem Uebergangssatz von dem Edict D. (6, 2) 1 pr. — ohne non a domino — zu der Formel bei G. 4, 36.

Zuerst diese letztere, Schirmersche Idee.

---

[1]) Durchaus unanstössig ist in dem Edict (D. 6, 2) 1 pr. die abstracte Unbestimmtheit des Objects (id quod) und das Fehlen des Dativs bei traditum. Beides entspricht dem Edictsstil. — [2]) Auch Bonfante (Rivista p. l. sc. giur. 1890 p. 96) erblickt einen progresso felice Appletons gegenüber Lenel in der von ersterem vertretenen Einheit von Edict und Formel. — [3]) Ueber und gegen Lenels Behauptung, für den Bonitarier habe die b. f. Publiciana nicht genügt, später.

Sprachlich ist sie möglich, denn trotz Lenel kann 'qui bona fide emit' ein edictaler Satz sein (o. S. 233).

Sachlich hat man allgemein die Unerhörtheit solcher Uebergangssätze zwischen Edict und Formel geltend gemacht[1]).

Da uns kein einziges Edict mit Formel erhalten ist, wissen wir ja allerdings gar nichts von der Art ihrer Verbindung; aber 'ich weiss nicht, dass' und 'ich weiss, dass nicht' sind eben zweierlei. Im übrigen zeigt das Wenige, was wir von der formellen Einrichtung des Albums erfahren, dass von Einförmigkeit der Anordnung keine Rede war. Es genügt der Hinweis auf die wichtige Pfandklage, die als blosser Anhang der Serviana auftrat, die ihrerseits wieder ein Anhang war des auf der Anhangstafel der Interdicte figurirenden Salvianum.

Insbesondere aber scheinen die Einleitungen und Uebergänge in den älteren Edicten sehr bunt gewesen zu sein, und gerade hier die Kaiserprätoren, zumal Julian, im Sinne ihrer alexandrinischen Zeit auf Glätte und schematische Correctheit hingearbeitet zu haben.

Die drei uns erhaltenen älteren Edicte zeigen nämlich sämmtlich eine lebendigere, naivere Fassung als die julianischen in den Pandekten. So das 'Uti possidetis' bei Festus mit seiner energisch unverbundenen Nebeneinanderstellung der Entscheidung und des Gewaltverbots. So vor allem die beiden Edicte bei Gellius.

Das Aedilenedict bei Gellius 4, 2:

> Titulus ⟨servorum⟩ singulorum utei scriptus sit curato ita utei intellegi recte possit quid morbi vitiive etc.

Diese anschauliche, aus dem Leben gegriffene Einleitung fehlt D. (21, 1) 1 pr.

Ferner Gellius 11, 17:

> Qui flumina retanda publice redempta habent, si quis eorum ad me eductus fuerit qui dicatur etc.

Eine naive, lebendige Einleitung, offenbar der Vorläufer des späteren, langweilig correcten: 'si dicetur'[2]).

---

[1]) Lenel in einem Brief an Appleton (I, p. 88). Wlassak, Edict und Klageform S. 79, Carusi, Paz. Publ. p. 68, Ferrini und Bonfante (p. 97) in den o. S. 213 A. 1 angeführten Kritiken. — [2]) Und daher

. Bei dem römischen Schematismus war dies Edict aber ganz sicher nicht das einzige mit 'si ad me eductus fuerit qui dicatur'. Die anderen müssen eben sämmtlich von den Kaiserprätoren, zumal von Julian modernisirt worden sein.

Und so werden wir uns denn überhaupt das ältere Album gerade im Punkte der Einleitungen recht bunt und mannigfaltig zu denken haben.

Vorausgesetzt also (was keineswegs bewiesen ist), dass Uebergangsworte vom Edict zur Formel, wie 'iudicium huiusmodi dabo', nicht allenthalben üblich waren, so könnten sie doch bei einzelnen Edicten sich gefunden haben und so speciell beim publicianischen. Und hier könnte Julian den Uebergangssatz beibehalten haben.

Ein doppelter Anlass liesse sich für Schirmers Zwischensatz 'ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo' denken. Einmal die starke Abweichung zwischen dem Edict D. (6, 2) 1 pr. mit jeder iusta causa und der Formel G. 4, 36 mit dem blossen Kauf.

Sodann und vor allem, dass wahrscheinlich dem allgemeinen Edict D. (6, 2) 1 pr. ein anderes speciell auf usucapionsfähigen Kauf (bona fide emptio) gehendes Edict vorherging, das Edict des Publicius (o. S. 238 A. 1). Von einem älteren Edict einen Rest festzuhalten in irgend welcher Form, z. B. als Formeleinleitung, das entsprach dem römischen Conservatismus.

Schirmers Uebergangssatz ist also durchaus möglich. Für ihn spricht, dass die Formel G. 4, 36 dabei unverändert bleiben kann, während sonst ein bona fide als darin ausgelassen angenommen werden muss.

Dahingegen spricht mehr für die Formelzugehörigkeit des bona fide emit Ulpians Commentar dazu D. (6, 2) 7 §§ 11 ff. Wendungen, wie: Publiciana 'bonam fidem solius emptoris continet' oder 'tempus emptionis continet' sind allerdings auch bei einer dem b. f. emptor nur versprochenen Klage denkbar, deren Formel die bona fides nicht enthielt. Aber besser passen sie entschieden zu einer in der Formel selbst auf bona fide emptio abgestellten Klage.

---

mit Unrecht mit diesem identificirt von Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I S. 467 A. 4 bei seiner Polemik gegen Dernburgs Alterskriterien.



Also: der Uebergangssatz (in Schirmers oder irgend einer anderen Form) ist möglich. Aber wahrscheinlicher ist die Formelzugehörigkeit des ⟨qui⟩ bona fide emit[1]).

[1]) Als Edictsbestandtheil aufgefasst, würde 'qui b. f. emit' ein 'ei qui b. f. emit . . dabo' fordern. Was wäre da zu dabo hinzuzudenken? Schirmer und Appleton (Nr. 44) vermuthen: ei formulam dabo, Lenel (Beitr., Edict.): ei iudicium dabo. Ersteres ist wahrscheinlicher, denn iudicium dare alicui scheint dem correcten Edictsstil fremd zu sein. Bei dem Interesse, das sich seit Wlassaks folgenschwerer Entdeckung an iudicium = formula knüpft, sei es gestattet, diese Behauptung hier zu begründen, obwohl sie für die Publicianarestitution durchaus gleichgiltig ist. Die Edictsreste bei Bruns-Lenel zeigen iudicium dare 45 Mal, und nur 2 Mal wird daneben der Kläger (im Dativ) erwähnt, nämlich:

D. (47, 10) 17 § 10: Si ei qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur, et neque is cuius in potestate est, praesens erit, neque procurator . . existat . . causa cognita ipsi qui iniuriam accepisse dicetur iudicium dabo.

D. (21, 1) 1 § 1: quodsi mancipium adversus ea venisset . . . emptori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus ut id mancipium redhibeatur.

Liegt in diesen beiden Stellen die correcte Edictssprache vor, d. h. die ältere, republicanische? Kaum, da beide etwa kaiserzeitlich zu sein scheinen. Die erste wegen des doppelten 'si dicetur' und noch mehr, weil sie in der Klagbefugniss der Haussöhne eine kaiserzeitliche Lockerung der väterlichen Gewalt zeigt. In der zweiten Stelle aber wird der emptor als Empfänger der Klage offenbar nur deshalb erwähnt, um das Klagversprechen für seine Rechtsnachfolger daran knüpfen zu können. Es scheint nun aber, dass diese Erwähnung der Rechtsnachfolger erst allmählich in das Edict eindrang, da sie noch in Julians Redaction meistentheils fehlt. Es kann also in dem 'alicui' iudicium dare beider Stellen ein freierer Sprachgebrauch der Kaiserzeit vorliegen. Und dass er wirklich vorliegt, dafür spricht zunächst, dass 43 Mal im Edict neben iudicium dare die Erwähnung des Klägers fehlt, nämlich:

D. (3, 5) 3 pr.; D. (3, 6) 1 pr., dazu Bruns-Lenel S. 192; D. (4, 3) 1 § 1; D. (4, 5) 2 § 1; D. (4, 9) 1 pr.; D. (6, 2) 1 pr.; D. (9, 3) 1 pr.; 5 § 6; D. (9, 4) 21 § 2; D. (11, 3) 1 pr.; D. (11, 5) 1 pr.; D. (11, 7) 12 § 2; D. (13, 6) 1 pr.; D. (14, 1) 1 § 19; D. (15, 2) 1 pr.; D. (16, 3) 1 § 1; D. (21, 1) 1 § 1; 38; 42; D. (27, 6) 7 pr.; D. (39, 2) 4 § 7; 7 pr.; D. (39, 4) 1 pr.; 12 § 1; D. (42, 5) 9 pr.; D. (43, 4) 1 pr.; D. (43, 16) 1 pr.; D. (47, 8) 2 pr.; 4 pr.; D. (47, 9) 1 pr.; D. (47, 10) 15 §§ 2. 34.

Sodann sprechen für eine absichtliche Vermeidung von 'alicui iudicium dare' die folgenden Stellen, die den Kläger beim Klagversprechen ausdrücklich nennen, aber das iudicium dare stets anderweitig umschreiben:

Dafür der Commentar D. (6, 2) 11 § 7 ff. Dafür ferner die Form 'emit', die in ein Edict nur allenfalls, in eine Formel dagegen ohne weiteres passt.

D. (3, 3) 33 § 3: cuius nomine actionem dari sibi postulabit.
D. (25, 4) 1 § 10: quas actiones me daturum polliceor his ... eas .. ei non dabo.
D. (42, 8) 1 pr.: ei cui actionem dare oportebit ... actionem dabo.
D. (42, 8) 10 pr.: si eo nomine ... actio ei ex edicto meo competere esseve oportet.
D. (47, 12) 3 pr.: in eum in factum iudicium dabo ut ei ad quem pertineat ... condemnetur ... quicumque agere volet ei .. actionem dabo ... si plures agere volent ... ei agendi potestatem faciam ... si quis habitaverit ... in eum ... iudicium dabo.

Die letzte Stelle ist besonders charakteristisch. Die Klagverheissung erfolgt zweimal mit iudicium dabo, aber wenn der Kläger genannt werden soll, so geschieht es dreimal mit anderweiten Umschreibungen. Hiernach liegt in dem Fehlen des Klägers neben iudicium dare mehr vor, als das allgemeine prätorische Streben nach Kürze, was allerdings auch gerade in Weglassung von Dativen sich äusserte. Denn in diesen Stellen wird der Kläger ja 7 Mal genannt, aber es tritt für iudicium dare ein anderer Ausdruck ein. Dafür muss denn der Grund in dem Worte selbst liegen. Es muss also in iudicium = formula, wenigstens für den correcten prätorischen Sprachgebrauch, der Sinn des für beide gegebenen unparteiischen Gerichts zu sehr nachgewirkt haben, um es schlechtweg dem Kläger als persönliche Befugniss zuzuschreiben. Iudicium dare in aliquem sagte man allerdings, dagegen für iudicium dare alicui trat actionem (und natürlich auch formulam) dare alicui ein. Entsprechend scheinen auch noch die Pandektenjuristen iudicium für Klagbefugniss zu vermeiden, wenigstens fehlt es in den Büchern D. 2. 3. 4. Interessant ist, als anscheinend absichtliche Vermeidung, Paulus D. (3, 5) 46 (47) pr.: actio n. g. illi datur cuius interest hoc iudicio experiri. Von den Gesetzfragmenten steht mit dem behaupteten Sprachgebrauch nicht im Widerspruch lex Rubria c. 23: 'inter eos quei de familia erceiscunda deividunda iudicium sibi darei ... postulaverint', denn hier ist iudicium nicht = einseitige Klagbefugniss. Noch auch lex Urson. 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132: eiusque pecuniae cui ... volet reciperatorio iudicio apud duumvirum ... actio petitio persecutio esto. Dagegen scheint in der That iudicium = Klagbefugniss (nämlich iudicium iudicemve dare alicui) vorzukommen lex agraria l. 30. Das wird aber nur eine Annahme sein und behauptet werden dürfen, dass im correcten Sprachgebrauch iudicium nicht die Klagbefugniss bedeutete, insbesondere also für alicui iudicium dare regelmässig alicui actionem (oder formulam) dare eintrat. — Dies zur Er-

Gegen die Formelzugehörigkeit spricht das Fehlen des 'bona fide' in der Formel bei G. 4, 36. Wie weit geht die Genauigkeit des Gaius und zwar unseres, veronesischen Gaius in Wort- und Formelfragen? Mehrere Auslassungen zeigt unser § 36, insbesondere Auslassung des ex iure Quiritium in der Formel. Dieselbe Auslassung bekanntlich G. 4, 92. Ex fide bona fehlt G. 4, 60 und 131ª, wobei dahingestellt bleiben muss, ob durch Schuld des Schreibers oder des Gaius selbst. Dass Gaius manchmal absichtlich die Formeln kürzte, zeigt die Weglassung der exceptio vitiosae possessionis im Uti possidetis und Utrubi. Aber hier weist er selbst darauf hin (summa conceptio .. haec est G. 4, 160). Dagegen giebt er ohne Warnung G. 4, 59 die unmögliche demonstratio 'quod ego de te emi'.

Da könnte denn auch in unserer Formel ein bona fide vom Schreiber oder von Gaius selbst [1]) weggelassen worden sein.

Sachlich erscheint das bona fide für die gajanische Formel recht überflüssig, da schon die Usucapionsfiction den mala fide Käufer ausschloss. Aber superflua non nocent. Und gerade diese Ueberflüssigkeit konnte Gaius zur Weglassung veranlassen.

Und noch mehr ein anderes: die altmodische Doppelbedeutung, in der Publicius das Wort 'bona fide emptio' gebraucht und in der Julian es beibehalten hatte. Für Gaius und seine Institutionisten war bona fide emptor nur der emptor a non domino (G. 2, 43). Da lag es nahe, das bona fide wegzulassen, damit sie die Publiciana als auch für den Bonitarier gültig erkannten.

---

gänzung von Wlassak, Processges. I S. 77; Litiscont. S. 28, und zugleich zur Rechtfertigung der obigen Behauptung, dass, wenn unser q. b. f. e. edictal ist, ein 'ei formulam dabo' hinzuzuvermuthen wäre.

[1]) Aber ohne Warnung. Denn das 'veluti', womit er anscheinend die Formel einleitete, darf nicht, mit Carusi, l'az. Publiciana Note 61, als Hinweis auf die bloss auszugsweise Angabe der Formel aufgefasst werden. Denn dies 'veluti' geht mehr als vollkommen auf in der doppelt beispielsweisen Bedeutung der Formel bei G. 4, 36: Kauf statt omnis iusta causa und der homo mit Jahresersitzung gegenüber der auch für Grundstücke mit zweijähriger Ersitzung geltenden Publiciana.

Als wahrscheinlichste Restitution von Julians Publiciana-edict erscheint also:

> Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium ⟨huiusmodi⟩ dabo:
>
> > Si quem hominem A[us] A[us] bona fide emit et is ei traditus est etc.

III.
Die Einheit der Publiciana.

Das im Vorigen geltend gemachte Hauptargument für die Einheit der Publiciana, nämlich der allgemeine den Bonitarier umfassende Sinn von 'qui bona fide emit' ist Appleton entgangen, da ihm Brinz' Buch unbekannt geblieben ist (o. S. 214 A. 3). Dagegen hat er für diese Einheit verschiedene gute Gründe beigebracht, die hier in Kürze dargelegt werden sollen, unter Vervollständigung und manchmal unter Berichtigung des Quellenbeweises.

Lenel hatte in den Beiträgen S. 49 ff. für seine Bonitarierpubliciana (si quem hominem a domino emit) geltend gemacht, sie habe dem Kläger einen ausgiebigeren Schutz gewährt, als die der exceptio dominii ausgesetzte bona fide Publiciana. Und ferner, sie habe ihm für den Sklavenerwerb die vortheilhaftere Behandlung als Bonitarier gesichert. Aber diese beiden Argumente widerlegt Appleton.

Hinsichtlich des Sklavenerwerbs macht er mit Recht geltend (Nr. 26), dass jeder Sieger in der Publiciana die volle Restitution ganz wie im Eigenthumsprocess erhält: in Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus (Ulp. D. (6, 2) 7 § 8).

Ebenso zeigt er (Nr. 25), dass die bona fide Publiciana dem Bonitarier den ausgiebigsten Schutz gewährte, insbesondere gegen die exceptio dominii die replicatio rei venditae (donatae etc.) et traditae.

Vielleicht wird Lenel hiergegen geltend machen, die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae habe ursprünglich nur zwischen den Contractsparteien gegolten[1]). Indess

---

[1]) Lenel, Edictum S. 405, wo aus dem 'proderit' und 'nocebit' Hermogenians D. (21, 3) 3 geschlossen wird: 'der Uebergang der ex-



selbst wenn dies so gewesen sein sollte, hätte der Bonitarier den nöthigen Schutz gefunden in der ziemlich gut bezeugten Regel, dass der Prätor die exceptio dominii nur causa cognita ertheilte [1]).

---

ceptio auf die Successoren wird aus dem Musterformular wohl nicht zu erkennen gewesen sein; er dürfte auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen sein'.

[1]) Pap. D. (17, 1) 57: cum exceptio dominii causa cognita detur. Diese Stelle mit Savignys Auslegung, die später als allein möglich zu vertreten sein wird, ist allerdings das einzige Zeugniss für die causae cognitio bei der Eigenthumseinrede. — Was Appleton Nr. 211—213 sonst noch (nach Huschke) an Beweisen für diesen Satz beibringt, ist ohne überzeugende Kraft.

1) Gar nichts ist zu entnehmen aus der abgerissenen Bemerkung D. (6, 2) 16 Pap. X quaest. Paulus notat: exceptio iusti dominii Publicianae obiicienda est (vgl. z. B. condicendi sunt D. (12, 1) 4 § 1).

2) Kaum besser ist der Schluss aus dem angeblich wechselnden Wortlaut der exceptio dominii auf ihre causa cognita Natur.

Causae cognitio soll gleichbedeutend sein mit Nichtproponirung im Edict wegen G. 4, 118: exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas alias causa cognita accommodat.

Und der wechselnde Wortlaut unserer Einrede soll deren Nichtproponirung beweisen. Aber wechselt denn ihr Wortlaut wirklich und wird nicht vielmehr als stehender und daher möglicher Weise edictaler Wortlaut bezeugt:

si non (extra quam si) ea res N[1] N[1] est ex iure Quiritium, was durchaus in die Publicianaformel bei G. 4, 36 passt.

Für si non ea res N[1] N[1] est sprechen: Neratius D. (6, 2) 17: exceptio: 'si ea res possessoris non sit', Julian D. (44, 2) 24: exceptionem: 'si non eius sit res', Ulpian D. (44, 4) 4 § 32: adversus excipientem: 'si non suus esset'. Dagegen führt man an African D. (9, 4) 28: adversus excipientem: 'si dominus eius sit'. Aber das ist offensichtlich eine blosse Inhaltsangabe. Seit wann wird formular der Eigenthümer als 'dominus' bezeichnet? Seit wann beginnt ferner eine exceptio mit 'si'? Wenn African die Exception so zurichtete, so kann er sie auch statt auf die Sache incorrecterweise auf den Eigenthümer als Subject abgestellt haben. Solche ungenauen Citate sind ja auch für zweifellos edictale Formeln häufig, z. B.:

G. 4, 59: Quod ego de te hominem Erotem emi.

Papinian D. (6, 2) 14: si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.

Marcian D. (20, 4) 12 pr.: exceptio ... 'si non mihi antea pignori .. sit res obligata'.

Ja diese Regel selbst dürfte für die Einheit der Publiciana zeugen. Für eine bloss dem Nichteigenthümer zugedachte Publiciana erscheint dieselbe schwer erklärlich.

Vorbehalt der causae cognitio für die Eigenthumseinrede hätte hier den Prätor in den Verdacht gebracht, er bezwecke 'ut res domino auferatur', Neratius D. (6, 2) 17. Denn dass der Nichteigenthümer den Eigenthümer besiegen solle, war ein seltener Fall, dem mit der replicatio rei venditae et traditae hinreichend Rechnung getragen war. Anders wenn nur eine Publiciana bestand. Hier sollte eine ganze Classe von Eigenthümern, die bloss quiritarischen, der Publiciana immer unterliegen. Hier war daher eine dahingehende allgemeine Regel ebenso am Platz, als sie für jene seltenen Fälle des Sieges eines Nichteigenthümers unzweckmässig und unrömisch gewesen wäre:

> ad ea potius debet aptari ius quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt (Celsus D. (1, 3) 5).

Aber der Bonitarier musste nicht bloss siegen, wenn der Verklagte als Eigenthümer auftrat, sondern a fortiori auch, wenn er bloss publicianischen Erwerb behauptete. Bei Lenels Formel: 'si quem hominem A^us A^us a domino emit' wäre er des Sieges sicher; ist ers auch bei der nach Appletons Vorgang hier angenommenen Ausrüstung mit der bona fide Publiciana?

Appleton bejaht es; gegen die Einrede publicianischen Besitzes sei dem Bonitarier und sonstigen gleichgestellten Publicianaklägern die Replik gestattet gewesen: se a domino emisse. Hiergegen ist aber von Brezzo Widerspruch erhoben worden[1]). Die Frage ist daher noch einmal genau zu prüfen, um so mehr, als sie direct präjudicirlich ist für die nach vieler Vorgang auch von Appleton aufgestellte Behauptung, in der Kaiserzeit habe der Eigenthümer mehr und mehr die Publiciana der Vindication vorgezogen. Denn diese Gewohnheit hätte sich jedenfalls nicht einbürgern können, wenn der Besitzer durch Erbittung einer publicianischen Exception, also durch die blosse Behauptung titulirten Erwerbs den Eigenthümer entwaffnet hätte und gezwungen, statt der Publiciana die Vindication zu postuliren.

[1]) Appleton Nr. 217 ff. — Brezzo, Rei vind. ut. p. 124 ff.; Archivio XLIII p. 285.



Es ist indess Appletons Behauptung einer Einrede publicianischen Besitzes mit Replik des Erwerbs a domino durchaus beizutreten.

Für die exceptio possessionis Publicianae spricht das von Ulpian für den Superficiar aufgestellte Princip:

> dicendum est exceptione utendum in factum data, nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit D. (43, 18) 1 § 4.

Also: weil der Prätor dem Superficiar eine actio (in factum) verheisst, so hat derselbe auch eine exceptio in factum. Genau ebenso beim Pfandrecht, aus der actio in factum quasi Serviana folgte eine in factum redigirte exceptio pignoris (Marcian. D. (20, 4) 12 pr.)[1]).

Da kann und muss auch neben der actio Publiciana eine publicianische Exception gestanden haben[2]), und zwar wird

---

[1]) Wie vollkommen die Juristen die exceptio und actio quasi Serviana auf eine Linie stellten, erhellt z. B. aus folgenden zwei Stellen:

1. Gaius D. (20, 4) 11 § 4: si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem cum per eum fiat ne pecunia solvatur. — Hat der zweite Gläubiger (gegen den ersten) die Pfandklage, d. h. versagt dem ersten gegen den zweiten die exceptio pignoris? fragt Gaius. Und er antwortet: ja, der erste hat keine Pfandklage mehr (statt 'keine Pfandeinrede').
1. Severus C. (8, 32 ⟨33⟩) 1: Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit. — Die exceptio pignoris greift nicht durch, wird ausgedrückt durch intentio dati pignoris non tenebit. —

[2]) Dafür auch der a fortiori Schluss von der exceptio dominii. Wenn der Prätor dem Eigenthümer zu Liebe nicht cognoscirte noch die Publiciana denegirte, sondern ihm einfach eine Exception gab, wird er um einen blossen publicianischen Besitzer nicht stets selbst cognoscirt haben. So mit Recht Appleton II p. 12. — Dagegen allerdings Brezzo (Archivio XLIII p. 285): der Prätor habe den publicianischen Besitzer nur und immer durch Klagdenegation geschützt. Aber seine Begründung ist unzureichend: la prova del dominio è ben più lunga e complicata che non quella di un acquisto di b. f., e ... il confrontare la

Appleton Recht haben, wenn er sie nach dem Muster der Klage ficticisch redigirt denkt:

> nisi si eundem hominem N^us^ N^us^ anno possedisset tum si eum hominem eius ex iure Quiritium esse oporteret[1]).

Wie aber gegen die Publiciana actio die exceptio dominii Platz griff, genau so vermuthet Appleton mit Recht eine Replik des Erwerbs vom Eigenthümer gegen diese publicianische Einrede.

Die Ausdrucksweise der bekannten beiden Stellen über den Conflict zwischen zwei publicianischen Erwerbern bestätigt durchaus diese Annahmen Appletons.

D. (6, 2) 9 § 4 Ulpian Lenel 570:

> Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit (ὁ πρῶτος ἠγορακώς), et Iulianus .... scripsit ut si quidem ab eodem non domino emerint potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.

Nach dem Schluss: melior causa sit possidentis quam

---

data dei titoli, fosse anche per esame sommario di testi, non pare che esorbiti dai limiti della praetoria causae cognitio. — Zugegeben selbst, dass der Prätor mit der blossen causae cognitio hätte durchkommen können, so würde doch die Analogie der Eigenthumseinrede, der exceptio pignoris und superficiei entscheidend für das Bestehen einer publicianischen Einrede sprechen.

[1]) Appleton I p. 58 n. 15, II p. 13. Dagegen Brezzo R. vind. ut. p. 125: es sei undenkbar, dass dieselbe Formel für Kläger und für Verklagten Eigenthum angenommen hätte. — Aber das lag ja auch in der Publiciana mit exceptio dominii vor. Intentio und exceptio standen eben in keinem inneren, logischen Zusammenhang. War die exceptio begründet, so war die Klage stets und ohne weitere Erörterung abzuweisen. Da kam denn der Geschworene gar nicht dazu, zu untersuchen, ob und wie intentio und exceptio sich inhaltlich mit einander vertrügen. Bei alledem bleibt Appletons doppelte Fiction natürlich auffallend und in unseren Quellen beispiellos. Aber für den Formularprocess sind 'unsere Quellen' eben durchaus unzulänglich. Und das soeben festgestellte Princip der gleichen Formulirung von actio und exceptio spricht für die Anwendung der gleichen Fiction auch für die publicianische Klage und Einrede.



petentis, handelt es sich um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern. Da ist denn die Frage: quis magis Publiciana uti possit? so zu verstehen wie unsere obigen Stellen über die exceptio pignoris, die von der actio und der intentio pignoris sprechen, wo sie die Pfandeinrede meinen (o. S. 252 A. 1). Genau so steht hier Publiciana gegen Publiciana, nämlich exceptio P. gegen actio P.

Potior sit cui priori res tradita sit erklärt sich durch die replicatio rei venditae et traditae gegen die exceptio Publiciana.

Bezeugt diese Stelle die publicianische Einrede, so tritt bei Neratius auch die Replik des Erwerbs vom Eigenthümer hervor.

D. (19, 1) 31 § 2 Nerat. Lenel 21:

> Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio is ex nobis tuendus est qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Der Schlusssatz zeigt, wie Appleton Nr. 223 mit Recht betont, die beiden Prätendenten im Process mit einander.

Da fällt denn auch für den Anfang der Stelle die wenig natürliche Auslegung Savignys, wonach Neratius hier erörterte, welcher von zwei publicianischen Erwerbern gegen einen dritten Besitzer klagen könne [1]).

Ganz wie in der vorigen Stelle handelt es sich auch hier um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern, 'is tuendus est' heisst einfach, es muss ihm mit exceptio oder replicatio der Sieg verschafft werden [2]).

---

[1]) Neratius' Entscheidung ist und bleibt also im Widerspruch mit der des Julian und Ulpian D. (6, 2) 9 § 4 und des Paulus D. (50, 17) 128 pr. (ad Publicianam Lenel 298): in pari causa possessor potior haberi debet. — Appleton II p. 24—25 formulirt die Streitfrage gut dahin, ob zwischen zwei titulirten Erwerbern, von denen keiner das Eigenthum seines auctor beweist, der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz entscheide, und II p. 336—340 zeigt er dieselbe Controverse als in der neuesten französischen Jurisprudenz anhängig: Aubry & Rau II § 219 Note 10 mit Julian, Ulpian und Paulus für den Besitz, der Arretist bei Dalloz 66 I 5 Note mit Neratius für den älteren Titel. — [2]) Tueri bedeutet keineswegs immer einen ausserordentlichen, cog-



Im übrigen scheint Neratius in der ganzen Stelle an eine und dieselbe Klage zu denken, welche also den Käufer a non domino ganz ebenso beschützte wie den Käufer a domino (nämlich von bloss tradirten res mancipi). Der letztere soll 'omnimodo' geschützt werden, also als Kläger wie als Beklagter. Da wird er denn wie als Beklagter exceptionsweise, so als Kläger replicirend auf die actio oder exceptio Publiciana haben antworten können, er habe vom Eigenthümer erworben.

Die Stelle bestätigt also Appletons Vermuthung über die Art, wie der Bonitarier in der b. f. Publiciana den ihm gebührenden absoluten Schutz fand.

Den Nachweis, dass die b. f. Publiciana für den Bonitarier ausreichte, verstärkt nun Appleton (Nr. 25) noch durch die Feststellung, dass Lenels Bonitarierpubliciana praktisch sehr unzweckmässig gewesen wäre. In der That hätte dieselbe von dem Bonitarier a limine und jedem Besitzer gegenüber den Beweis des dominium auctoris gefordert. Das ist nicht wahrscheinlich. Allerdings übertreibt und verallgemeinert Appleton die Schrecken der diabolica probatio. Hier indess ist ihm Recht zu geben. Denn die Objecte, wegen deren hauptsächlich die Bonitarierpubliciana stattfand: Grundstücke und Sklaven, waren zugleich die, für welche der Eigenthumsstreit am häufigsten und damit der Eigenthumsbeweis am

---

nitionsweisen Schutz. Hier einige Stellen, die es in der oben vorausgesetzten Weise für die Hülfe durch die gewöhnlichen Processmittel anwenden:

D. (6, 2) 14 (Pap. bei Ulp.): ein Mandatar hat verkauft, emptorem tuebitur praetor sive possideat, sive petat rem ... exceptione .. 'Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.

D. (10, 2) 44 § 1 (Paul.): si .. communi dividundo actum sit (imperio continenti iudicio) adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando.

D. (8, 5) 16 (Iul.): bei Kauf des Tropfenfallsrechts: 'an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim?

D. (41, 1) 41 (Ulp.): im Besitz der Statuen: tuendi cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.

D. (20, 1) 18 (Paul.): bei Pfandbestellung eines Nichteigenthümers: sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam.

schwierigsten war. Gerade für Grundstücke und Sklaven suchte man nach Gaius, Ulpian und Diocletian[1]) diesen Beweis durch ein Interdict von sich ab und auf den Gegner zu überwälzen. Da wird denn auch die Publiciana gesucht haben, dem Bonitarier diesen Beweis ganz abzunehmen (wenn der Gegner mit der exceptio dominii antwortete) oder ihn doch wenigstens bis aufs äusserste hinauszuschieben (wenn der Gegner seine publicianische Einrede bewiesen hatte und nun der Bonitarier seine Replik des Erwerbs a domino beweisen musste). —

Die den Quellen am besten entsprechende Annahme einer einzigen Doppelpubliciana erscheint also auch nach processualischen und praktischen Rücksichten als die weitaus wahrscheinlichste.

IV.

Die Terminologie für die Inhaber der Publiciana.

Wie die Usucapion so galt auch die Publiciana für den materiell unvollkommenen Erwerb a non domino und für den bloss formell unvollkommenen Erwerb a domino[2]). Im vorigen wurde behauptet, dass entsprechend der einen Usucapion auch eine einzige Publiciana für diese beiden Kategorien von Erwerbern galt und ebenso der Name bonae fidei emptor ihnen beiden gemeinsam war.

Hier soll nun festgestellt werden, was die Quellen über die Benennung der Publicianainhaber ergeben. Es handelt sich meist um negative Feststellungen, also bei der Beschaffenheit unserer Quellen um unsichere. Aber jedenfalls widersprechen dieselben, so wie sie sind, der Annahme von Brinz

---

[1]) Gaius 4, 150. 160; Ulpian D. (43, 17) 1 § 3; Diocletian C. (3, 32) 13: Ordinarii iuris est ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur. — [2]) Also für den Erwerb von res mancipi durch blosse Tradition, für die prätorische Ueberweisung von Sachen (dem missus ex II^do decreto giebt wenigstens Paulus D. (39, 2) 18 § 15 die Publiciana) und — worauf Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71 dankenswerther Weise hinweist — für den Erwerb von einem prätorischen Erwerber. Insbesondere von einem bonorum possessor und bonorum emptor.

und Appleton[1]), dass noch die Pandektenjuristen die beiden Usucapionsaspiranten als wesentlich gleichartig, nach Appleton als prätorische Eigenthümer, aufgefasst hätten. Die Terminologie zeigt vielmehr eine fortschreitende Erkenntniss und Anerkennung ihrer materiellen Verschiedenheit.

Allerdings gab es für Ulpian und Paulus ein prätorisches Eigenthum (dominium schlechtweg), aber darunter fiel nur der praktisch unentreissbare Erwerb, nicht dagegen der bona fide Erwerb vom Nichteigenthümer.

Zunächst die Terminologie für den Erwerber a domino.

Dass er 'bonae fidei emptor' genannt wurde noch bis zu Julian und Ulpian, zeigen die oben (S. 236 ff.) besprochenen Stellen: D. (41, 4) 8; D. (6, 2) 7 § 11; D. (48, 5) 28 ⟨27⟩ § 1, sowie vor allem der Passus über bona fide emere in Julians Publicianaedict (Edict sensu lato), wenn man denselben in der oben vertretenen Weise auffasst.

Ein bonae fidei emptor muss nun auch, scheint es, 'bonae fidei possessor' genannt werden. Allerdings dürfte, wie oben vermuthet wurde, bonae fidei emptio für Publicius den Kauf auf Treu und Glauben bedeutet haben, die bona fides also vom Kauf prädicirt worden sein und nicht vom Käufer. Aber in der entwickelten Publiciana- und Usucapionslehre, und zumal im Munde Julians und Ulpians, ging der Ausdruck natürlich auf die Redlichkeit des Käufers: quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit, Jul. D. (41, 4) 8.

Da könnte man es denn nur für Zufall halten, wenn unsere fragmentarischen und hinsichtlich des Bonitariers interpolirten Quellen seine Bezeichnung als bonae fidei possessor nicht zeigen. Wahrscheinlicher ist aber, dass kein blosser Zufall vorliegt. Bei den späteren Classikern war in der That, wie sofort zu zeigen, der Erwerber a domino von dem a non domino schon so sehr differencirt, dass sie ihn kurzweg dominus nannten. Da vermieden sie denn wohl die Bezeichnung bonae fidei possessor für ihn, während durch das publicianische Edict die Doppelbedeutung des bonae fidei emptor sich etwas mehr im Gebrauch erhalten mochte.

[1]) Brinz z. R. d. b. f. p. S. 80, S. 138; Appleton Nr. 3—369 (oben S. 215).

Jedenfalls: unsere Quellen, die den Erwerber a domino dreimal bonae fidei emptor nennen, bezeichnen ihn kein einziges Mal als bonae fidei possessor.

Als Beweis für das Gegentheil wird vor allem[1]) D. (11, 7) 14 § 1 angeführt von Brinz, unter voller Beistimmung Hartmanns, und unabhängig von ihnen von Appleton[2]).

D. (11, 7) 14 § 1 Ulpian Lenel 750:

> Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit hoc pro debita pensione teneri.
>
> Sed et si res legatae sint a testatore de cuius funere agitur nec sit unde funeretur, ad eas quoque manus mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari quam aliquos legata consequi. Sed si adita fuerit postea hereditas, res emptori auferenda non est, quia bonae fidei possessor est et dominium habet qui auctore iudice comparavit. Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnis ab herede praestari: quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici.

Daraus entnommen:

D. (50, 17) 137: qui auctore iudice comparavit bonae fidei possessor est.

In dem als b. f. possessor bezeichneten Käufer sieht man

---

[1]) Ausserdem beruft sich Brinz z. R. d. b. f. p. S. 86 noch auf D. (22, 1) 45, Pomp. ad Q. Mucium: fructus percipiendo uxor . . ex re donata suos facit illos . . . quos suis operibus adquisierit . . .: nam si pomum decerpserit . . non fit eius, sicuti nec cuiuslibet b. f. possessoris; aus den letzten Worten ist in der That mit Brinz und Pernice (Labeo II S. 166 A. 49) zu schliessen, dass für Pomponius (und Q. Mucius) gewisse b. f. possessores alle Früchte erwarben, andere nur die erarbeiteten. Willkürlich ist es aber, wenn Brinz in den ersteren die Bonitarier sieht und in den quilibet die Erwerber a non domino. Da Schenkung unter Ehegatten vorliegt, das Paradigma des Erwerbs ohne causa (z. B. D. (41, 7) 5 pr.), so liegt es weit näher, mit Pernice den Gegensatz auf b. f. possessio mit und ohne iusta causa zu deuten. —
[2]) Brinz z. R. d. b. f. p. S. 84 ff.; Hartmann, Krit. Vjschr. XVIII S. 163 f.; Appleton Nr. 4.

ganz allgemein einen prätorischen Erwerber a domino. Aber dabei wird die offenbar absichtliche Steigerung in der Stelle nicht beachtet: erst verpfändete Sachen, dann veräusserte, nämlich (per vindicationem) legirte. Nur von diesen spricht der Schluss der Stelle. Nur ihr Erwerber (anders Brinz) wird b. f. possessor genannt und zwar erst: si adita fuerit hereditas. Dann aber besitzt er in der That die namens der Erbschaft an ihn verkauften Sachen a non domino, denn vom Erbschaftsantritt an wirkt das Legat und gehören, nach beider Schulen Ansicht, die Sachen nicht mehr zur Erbschaft: G, 2, 195. 200. Hier konnte und musste also von wahrer b. f. possessio gesprochen werden, vgl. z. B.:

> Marcian D. (34, 5) 15 (16): si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: .. si .. non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit.

Das 'et dominium habet' unserer Stelle ist also auf alle Fälle missverständlich. Wer es hinzufügte, war in demselben Irrthum wie die modernen Ausleger, dass ein nur formell mangelhafter Erwerb a domino vorliege. Da die Worte in der Parallelstelle fehlen, so darf ihre tribonianische Herkunft als sicher behauptet werden[1]). Denn schwerlich hätten die Compilatoren ein ulpianisches 'dominium habet' weggelassen, um eine regula iuris aus D. (11, 7) 14 § 1 zu machen. Viel eher hätten sie da den bonae fidei possessor gestrichen, der ja für sie unbedingt nur den Erwerber a non domino bedeutete. Denn dass man auctore iudice (praetore)[2]) nur b. f. possessio erwarb, kam zwar oft genug vor, aber doch nur als Ausnahme. Als Regel war zu lehren: 'dominium habet qui auctore iudice comparavit'.

---

[1]) So auch Pernice, Labeo II, S. 189 A. 47 ('sicher'), Lenel, Paling. II, p. 565 N. 1. — [2]) Zu 'auctore iudice' statt 'praetore' bemerkt Pernice, Labeo II S. 189 A. 47: 'Eine Interpolation ist möglich'. Mir scheint: nein, da 'iudice' auch in der Parallelstelle vorkommt, während doch die Titel D. 50, 16 und 17, soweit zu sehen, durchweg aus den Originalwerken direct compilirt worden sind. Auch konnte Ulpian sehr wohl iudex für den Prätor sagen, da schon Gaius es thut, 3, 125: si iussu iudicis satis accipiatur, wo doch vor allem an prätorische Satisdationen zu denken ist. Uebrigens begegnet dem Gaius unmittelbar vorher (G. 3, 121. 122) ein noch ärgerer Provincialismus: in Italia ... in ceteris provinciis!

Ferner spricht für die Interpolation, dass nur bei Streichung des 'et dominium habet' Ulpians Gedankengang verständig wird: res emptori auferenda non est quia bonae fidei possessor est, qui auctore iudice comparavit, d. h. 'weil er ein solcher b. f. possessor ist, welcher (die fremde Sache) auf richterliche Autorität hin erwarb'. Zu Grunde liegt der Gedanke, der auch sonst öfter in den Pandekten anklingt, dass es doch eigentlich billig wäre, wenn der gutgläubige Käufer stets bei der Sache erhalten würde [1] [2]).

In D. (11, 7) 14 § 1 ist der Ausdruck 'dominium' für den publicianisch geschützten Erwerb tribonianisch, ist er es da allenthalben [3])?

Die Frage ist an sich von Interesse, wegen der Differencirung zwischen dem Usucapionsbesitz a domino und a non

---

[1]) Vgl. z. B. Ulp. D. (4, 4) 13 § 1 i. f. aequius esse . . succurri, etiam adversus ignorantem, quamvis b. f. emptor est; Pomp. D. (16, 1) 32 § 1: petitionem dandam ei . . et adversus b. f. emptorem; Ulp. D. (44, 4) 4 § 31: sufficit . . si . . b. f. emptor . . non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris. — [2]) Wie ist übrigens der Schlusssatz von D. (11, 7) 14 § 1 zu verstehen: legatarium tamen legato carere non oportet etc.? Wer soll die Sache haben, wenn der Erbe zahlen kann: der Käufer? oder der Legatar? Brinz (a. a. O. S. 86) sagt: der Legatar. M. E. mit Recht. Denn indemnis praestari kann Ulpian nur von dem Käufer sagen, da er betont, der Legatar wolle nur lucriren, der Käufer dagegen fürchte ein damnum. — Also bekommt, wenn der Erbe zahlen kann, der Käufer eine Summe Geld und muss die Sache herausgeben. Ein Beweis mehr dafür, dass er sie a non domino erwarb, also der bonae fidei possessor der gewöhnliche Erwerber a non domino ist und 'et dominium habet' eine missverständliche Interpolation. — [3]) Die in Frage kommenden Pandektenstellen sind meines Wissens folgende: D. (7, 1) 7 § 1; D. (9, 4) 26 § 6; D. (10, 3) 5; D. (11, 7) 14 § 1; D. (23, 5) 1 pr.; D. (37, 1) 1; D. (39, 2) 10; D. (39, 2) 15 §§ 16. 17. 33; D. (47, 2) 47; D. (50, 16) 49. In Lenels Palingenesie wird ausser in D. (11, 7) 14 § 1 das dominium in keiner dieser Stellen für tribonianisch erklärt. Ebensowenig von Burckhardt cautio d. inf. S. 556 ff. für die 7 Stellen, die dem missus ex secundo decreto 'dominium' zuschreiben. — Ausser Betracht bleiben einstweilen die Stellen über dominium des Käufers mit addictio in diem: Ulpian D. (18, 2) 4 § 3; Paulus D. (39, 3) 9 pr. Schulin und mit ihm Hölder und Appleton verstehen den Ausdruck von der dem Käufer zustehenden Publiciana. Ob mit Recht, das ist in dem zweiten Theil dieser Beiträge über 'die Publiciana nach Eigenthumsverlust' zu untersuchen.

domino, die die Bezeichnung des ersteren als dominium schon für die classischen Juristen bekunden würde. Besonders wichtig ist sie aber wegen der beiden (in der letzten Anmerkung citirten) Stellen, die den Käufer mit addictio in diem als dominus bezeichnen. Schulin-Appletons ganze Theorie über die Publiciana nach Eigenthumsverlust beruht auf der Voraussetzung, dass dominium in diesen Stellen die Publiciana (verstärkt durch die replicatio rei venditae et traditae) bedeutet. Diese ganze Theorie wäre also a limine zu verwerfen, wenn es feststände, dass die Pandektenjuristen mit dominium nur das Civileigenthum und nie das prätorische bezeichneten.

Dies hat nun Pernice in der That sehr energisch behauptet[1]). Für ihn spricht, dass die Interpolation ausser in D. (11, 7) 14 § 1 auch noch in D. (10, 3) 5 durchaus wahrscheinlich ist[2]).

---

[1]) Labeo II S. 188—189. — S. 188 bemerkt er zu D. (9, 4) 26 § 6 placuit dominii adquisitione exstingui actionem: 'Selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von adquirere dominium geschrieben haben'. Dann in der Anmerkung 45: 'Die Idee des doppelten Eigenthums ist überhaupt nur eine doctrinäre Abstraction mit dem Werthe eines Schulschemas .... Wie weit jene Abstraction über Gaius zurückgeht, wird sich nicht bestimmen lassen'. — Endlich Anm. 47 über D. (11, 7) 14 § 1: 'Sicher . . scheint mir, . . dass die im Fr. 137 fehlenden Worte et dominium habet eingeschoben sind. Sie beruhen auf derselben Erwägung, wie die Interpolationen im Titel de damno infecto, dass nach Aufhebung des duplex dominium die prätorische Zuweisung sofort volles Eigenthum verleihe. Wie sie dastehen, ergeben sie für das classische Recht so lange Unsinn, als nicht nachgewiesen ist, dass der sogenannte bonitarische Eigenthümer jemals dominus genannt wird'. —
[2]) D. (10, 3) 4 § 4 Ulp.: scribit Iulianus si missi in possessionem damni infecti simus et antequam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo iudicio consequi me non posse — Fr. 5 (Iul.): sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nancisceremur, respondit Proculus communi dividundo iudicio partem eius impensae me servaturum esse. Gegen die Echtheit des 'et ex hoc dominium . . nancisceremur' spricht, dass ohne diesen Zwischensatz Julians Erörterung sich glatter liest. Ferner das wenig classisch präcise ex hoc. Endlich das nancisceremur statt nancti fuerimus oder sumus. Nancisceremur wäre sprachlich richtig nur als Hinweis auf die noch unvollendete Usucapion. Aber wozu hätte Julian auf sie hinweisen sollen, vgl. D. (10, 3) 7 §§ 2. 9.

Aber in zahlreichen anderen Fällen ist dominus für den prätorischen Eigenthümer sicher oder höchst wahrscheinlich echt. Der Schluss, was zweimal interpolirt ist, ist es allenthalben, greift also hier nicht durch. Diese Interpolationen sollten eben nicht den Classikern eine byzantinische Terminologie unterschieben, sondern lediglich eine denselben schon geläufige Terminologie verallgemeinern. Am nächsten liegt es da, in den fraglichen Interpolationen in den Text aufgenommene vorjustinianische Glossen zu sehen. Dazu passt ihre Einschiebselform durchaus.

Vor Erörterung der Zeugnisse für dominium = prätorisches Eigenthum einige allgemeine Bemerkungen.

Mit der von Pernice geleugneten Ausdehnung des dominus über den Civileigenthümer steht es ganz anders als mit der Ausdehnung anderer Civilbegriffe, z. B. mit der Ausdehnung des heres über den Civilerben hinaus. Dominus ist 'der Herr' in der vollen Vieldeutigkeit dieses Wortes. Es genüge an 'dominus — cognitor' zu erinnern und an die Bezeichnung des Kridars in der prätorischen Concursordnung als dominus (vgl. Lenel, Edictum S. 340 A. 8). Da ist es denn von vornherein unwahrscheinlich, dass dies vieldeutige Wort, auf Eigenthumsverhältnisse angewandt, nur das quiritische Eigenthum bezeichnet hätte. Ohne ex iure Quiritium passte dominus und dominium für jede Sachherrschaft. So brauchte man es vom Provincialgrundeigenthum z. B. Fragm. Vat. 315. 316, was doch den Juristen nur possessio et ususfructus war: G. 2, 7. Da denn gewiss auch von dem missus ex secundo decreto und von dem bonitarischen Erwerber italischer Grundstücke.

Noch unvermeidlicher war die Bezeichnung als dominus für den prätorischen Eigenthümer von Sklaven. Wie die Sklaven selbst ihn ihren 'Herrn' nannten, so mussten es auch die Dritten thun, denn alle materiellen Herrschaftsbefugnisse: Jurisdiction, Vertretung gegen Klagen, Erwerb, Freilassung, hatte wenigstens in der Kaiserzeit der Bonitarier.

Im Leben wird man also zweifellos den Bonitarier, den missus ex secundo decreto und ihresgleichen als dominus bezeichnet haben. Die römische Rechtssprache stand aber der Sprache des Lebens bekanntlich weniger fern als die heutige.

Und jedenfalls war ein Anlass, der zur Herübernahme des landläufigen Ausdrucks dominus in die Rechtssprache führen musste. In zahlreichen Rechtsregeln und Rechtssatzungen nämlich war der materiell Herrschaftsberechtigte (mit oder ohne ius Quiritium) kurzweg als dominus bezeichnet, statt wie es pedantisch correct gewesen wäre als 'is cuius in bonis res est' oder 'is ad quem ea res pertinet'.

So in all jenen alttraditionellen Rechtsregeln, deren Formulirung vor dem Aufkommen des in bonis als berücksichtigenswerther Erscheinung lag: der Sklave erwirbt dem dominus: G. 3, 167; die Noxalklage geht unter aquisitione dominii: D. (9, 4) 26 § 6, 37; die actio furti geht bei mutatio dominii auf den neuen dominus über D. (47, 2) 47, 67 ⟨66⟩ § 1 u. s. w. So im S. C. Claudianum G. 1, 84, 160, Ulp. 11, 11; Paul. (2, 21[a]) §§ 1. 10. 17. So durchgängig im Edict: D. (9, 3) 5 § 6; D. (39, 2) 7 pr.; D. (39, 4) 12 § 1; D. (47, 8) 2 pr.; D. (47, 10) 15 § 34.

Ganz besonders interessant ist die lex Iunia Norbana. Hier erhellte nämlich die Subsumtion des Bonitariers unter den dominus aus dem Gesetze selbst. Denn natürlich wurde bei Abgrenzung der Befugnisse von Quiritarier und Bonitarier letzterer als 'is cuius in bonis servus est' bezeichnet: G. 1 § 167, § 35; Dositheus 9 (dass hier das Gesetz citirt wird, dafür spricht Dositheus 7, 8, 12).

Trotzdem aber war die eigentliche Freilassungsbestimmung, die gewiss aus dem Edict abgeschrieben war (G. 3, 56), in der Sprechweise des Edicts auf die voluntas domini abgestellt Dosith. 7, 15, vgl. Dosith. 5; Ulp. 1 § 12.

Hier allenthalben konnten nun die Juristen gar nicht anders, als dem Worte dominus auch den prätorischen Eigenthümer zu subsumiren, d. h. also in allen hierher gehörigen Fragen von ihm als von dem dominus zu sprechen. Damit aber war das dominium des Bonitariers u. s. w. in die technische Rechtssprache eingeführt.

Da ist es denn nicht zu verwundern, dass schon längere Zeit vor Gaius die Idee des duplex dominium sich feststellte, welche dieser meinem Gefühl nach[1]) als herkömmliche und vollständig formulirte vorträgt: G. 1 § 54; 2 § 40.

[1]) Anders Pernice s. o. S. 261 A. 1.

Ebenso konnte Ulpian D. (50, 16) 49 mit Recht sagen: in bonis nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. — Mit 'quae dominii nostri sunt' bezeichnet er hier auch das prätorische Eigenthum, an das er selbstverständlich gedacht haben muss und das er nicht unter dem bona fide besessenen verstanden wissen wollte (o. S. 258).

Von den Zeugnissen für dominus = prätorischer Eigenthümer sind unsicher wegen möglicher Interpolation die anscheinend auf formlos veräusserte res mancipi bezüglichen [1]).

Sicher echt aus äusseren und inneren Gründen scheint mir das dominium des bonorum possessor bei Ulpian D. (37, 1) 1 und Paulus D. (47, 2) 47. Doch ist von hier kein unmittelbarer Schluss auf den Bonitarier, den missus u. s. w., da der bonorum possessor zufolge der Erbschaftsfiction die Eigenthumsklage mit unveränderter intentio anstellte; da konnte Ulpian denn mit Fug sagen, dass die bonorum possessio 'dominium rerum' tribuit.

Dem missus ex secundo decreto schreiben 7 Stellen dominium zu. Eine derselben — Julian D. (10, 3) 5 — haben wir als gewiss interpolirt erkannt. Trotzdem spricht Pernice mit Unrecht von den 'Interpolationen im Titel de damno infecto', denn für die übrigen Stellen ist die Echtheit des dominium sicher oder fast sicher.

An Gründen, den missus als dominus zu bezeichnen, fehlte es nicht. Zunächst war er dominus bei Provincial-

[1]) Schulin, Resolutivbedingungen S. 174 ff. führt Diocletian C. (3, 32) 15 an: Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem. — Aber die Stelle ging auf ein Provincialgrundstück (§ 1 apud praesidem provinciae, auch possessionem emisse) also im Zweifel auf ein nichtmancipables. Dieselbe Möglichkeit des nichtitalischen Charakters liegt nun bei allen Grundstücksstellen vor. Man wird daher Stellen über bloss tradirte Sklaven heranziehen müssen. Hier zwei davon: Dioclet. C. (3, 32) 12: mancipium quod tradidisti et hoc modo dominium eius transtulisti. Hier ist aber die Tradition ohne Beifügung der causa sehr wahrscheinlich eine interpolirte Mancipation. Diocl. C. (4, 38) 6: si . . titulo venditionis sine quadam fraude dominium mancipii transtulit . . . vindicare minime prohiberis. Diese Stelle ist besser. Wenn auch der Gedanke an eine Mancipation nicht ausgeschlossen ist, so ist er doch m. E. durch nichts nahe gelegt.

grundstücken. Sodann enthielt das Edict über damnum infectum selbst einen dominus, dem der Eingewiesene vorkommenden Falls zu subsumiren war, nämlich: si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo, D. (39, 2) 7 pr. Und gerade von der Cautionspflicht des missus spricht eine der verdächtigten Stellen, Ulpian D. (39, 2) 15 § 17[1]).

Ist der dominus hier echt, so wird er es in dem Paragraph vorher auch sein: Ulpian D. (39, 2) 15 § 16: Iulianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur non prius incipere per longum tempus dominium capere quam secundo decreto a praetore dominus constituatur.

Gegen die Vermuthung, Ulpian habe geschrieben: non prius incipere usucapere quam ... possessor constituatur, spricht, dass der Compilator schon nicht mehr bloss geschlafen, sondern geträumt haben müsste, wenn er hintereinander dominium capere und den justinianischen, der Ersitzung weder bedürftigen, noch fähigen dominus interpolirt hätte. Ulpian dagegen konnte usucapere und dominus sehr wohl nebeneinander stellen, er ging eben vom dominium duplex aus. Ebenso konnten die Compilatoren, wenn usucapere und dominus schon dastanden, sie nebeneinander stehen lassen mit mechanischer Interpolation des usucapere. Aber selbst für sie unwahrscheinlich ist, dass sie bewusst und absichtlich den missus allenthalben zum dominus (des justinianischen Rechts) neu gestempelt hätten und trotzdem nicht weniger als 8 Stellen über die Bonitarierusucapion des missus interpolirt und inhaltlich

[1]) Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere. Si vero iam constituto domino eo ... Titius damni infecti sibi caveri desiderabit, cessante primo cavere solus Titius erit in possessione. 'Cessante primo cavere' — cavet non satisdat, er wird als dominus behandelt, da konnte ihn Ulpian auch so nennen. Und dass er ihn hier so genannt hat, ergiebt sich m. E. aus der Unwahrscheinlichkeit der sonst anzunehmenden Interpolation. Constituto domino für constituto possessore wäre möglich; durchaus unwahrscheinlich ist dagegen, dass der Compilator aus einem aequaliter ambo aedes iubentur possidere, den dastehenden langen und — trotz des häufig compilatorischen scilicet — recht gut stilisirten Satz gemacht hätte. Wozu das?



unverändert aufgenommen hätten, statt sie zur Hälfte wegzulassen und zur anderen Hälfte durch ein non a domino unschädlich zu machen[1]). Ihre Aufmerksamkeit muss eben auf das dominium des missus gar nicht besonders gerichtet gewesen sein.

Diese Erwägungen scheinen mir durchschlagend und damit die Echtheit des dominus in fr. 15 § 16 erwiesen.

In zwei weiteren Stellen ist das dominium des missus unverdächtig, weil der Jurist durch den Gegensatz des Ususfructs darauf geführt wurde[2]).

In einer weiteren Stelle kam man zu dem Wort dominium durch den Begriff der alienatio. Wissentlich das zweite Decret heraufbeschwören war eine alienatio (Ulpian D. (27, 9) 3 § 1: 'alienationes'). Veräussern und übereignen sind aber

[1]) Die fraglichen Stellen sind D. (39, 2) 5 pr.: per longi temporis spatium in suum dominium capere; fr. 12: per longum tempus rem capere; fr. 15 § 16: per longum tempus dominium capere; fr. 15 § 26: dominium capere possidendo; fr. 15 § 27: dominium per longum tempus adquiri; fr. 18 § 15: possidendo dominium capere; fr. 44 § 1: possidendo dominium cepit; D. (41, 2) 3 § 23: per longam possessionem capere. — [2]) D. (39, 2) 10 Paulus: nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Iulianus scribit. Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit ius domini ad eum transferri oportet. Das ist offensichtlich echt. Aber dies ius domini transferre ist doch nichts als das sonst für den missus ex secundo decreto eintretende Verfahren. Da konnte man denn auch von diesem sagen: ius domini ad eum transfertur, oder aber dominus constituitur, iure dominii possidet. So die zweite Ususfructsstelle:

> Ulp. 17 ad Sab. D. (7, 1) 7 § 1: unde (fructuarium) etiam mitti .. in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit et iure dominii possessurum eas aedes si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usufructu.

Hier liegt in dem 'nec quicquam amittere finito usufructu' (kein blosser Ususfruct an dem überwiesenen Hause!) eine dem iure dominii possessurum durchaus entsprechende Wendung. Ein blosses 'possessurum' wäre daneben zu schwach. Das i. d. possidere ist also hier echt. Da mag es denn auch echt sein bei Ulpian D. (39, 2) 15 § 33: posteaquam autem quis possidere iure dominii a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo, ceterum nullus inquit finis rei invenietur. Indess wenn hier nichts gegen die Echtheit spricht, so spricht auch nichts Specielles für sie. Es könnte daher auch, wie D. (11, 7) 14 § 1 und D. (10, 3) 5 eine Interpolation vorliegen, am wahrscheinlichsten durch Aufnahme der Glosse 'iure dominii' in den Text.

nahe verwandt, da ist denn gewiss echt Paulus D. (23, 5) 1 pr.: interdum lex Iulia de fundo dotali cessat: si ob id quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

Possessor vicinus fit würde zwischen 'iussus . . possidere' und 'haec alienatio' doch sehr dürftig sein.

Dass Ulpian und Paulus den missus ex secundo decreto mitunter 'dominus' nannten, dürfte hiernach unleugbar sein[1]).

Da erscheint denn auch durchaus unanstössig die Bemerkung des Paulus D. (9, 4) 26 § 6 über die ausnahmsweise Gestattung, einen noxae causa fortgeführten Sklaven nachträglich zu vertheidigen: sed et actori his casibus succurrendum est, quia placet dominii adquisitione extingui actionem, iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.

Allerdings könnte der Jurist bloss 'placet extingui actionem' geschrieben haben. Aber mit dominii adquisitione liest sich die Erörterung besser und ist sie dem Wortlaut der traditionellen Regel entsprechender (o. S. 263). Und für den missus haben wir ein sicher echtes 'dominii adquisitio' gefunden.

Jedenfalls erscheint nach dem obigen unhaltbar die Behauptung von Pernice: 'selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von adquirere dominium geschrieben haben'.

---

[1]) Nicht für die Auffassung der possessio ex secundo decreto als dominium beweist D. (10, 3) 7 § 9, wo Ulpian von einer vindicatio des missus spricht. Denn als die vindicatio, der die actio comm. div. parallel geht, bezeichnet er hier sogar die Publiciana des b. f. possessor arg. fr. 7 § 2 und 3 (ex ⟨quibus⟩ autem causis vindicatio cessat), vgl. Lenel, Edictum § 82. Ebenso lässt z. B. D. (39, 1) 9 den Pfandgläubiger Servituten 'vindicare'. — Auf der anderen Seite beweist nicht gegen die Auffassung des missus als dominus, dass in den betreffenden Stellen die Juristen diesen Ausdruck für den Hauseigenthümer anwenden, und zwar nicht bloss vor der missio: D. (39, 2) fr. 5 § 1; fr. 7 § 2; fr. 9 §§ 4. 5; fr. 10; fr. 15 §§ 20. 21. 22. 23; fr. 19; fr. 22 § 1; fr. 27, sondern auch nach der missio Ulp. D. (39, 2) 15 § 23: ubi quis possidere iussus est, dominus deiiciendus erit. Es ist eben dominium duorum in solidum, nämlich duplex dominium. Genau so in der sofort zu besprechenden Stelle D. (9, 4) 26 § 6.

Es erübrigt noch, die Terminologie für den usucapionsfähigen Erwerber a non domino festzustellen, für den bonae fidei possessor.

Hier ist unbestreitbar, dass man ihm ein rem in bonis habere zuschrieb, ganz wie dem Erwerber a domino.

Dafür zunächst und entscheidend die unbedenkliche Subsumtion des bonae fidei possessor unter die quasi Serviana, welche auf in bonis habere abgestellt war (Lenel, Edictum S. 396 A. 8):

> Paulus D. (20, 4) 14: si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.
>
> Paulus D. (20, 1) 18: si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam [1]).

Gegen diese Hineinrechnung des b. f. possessor unter das in bonis habere der Pfandklage spricht nicht D. (20, 1) 21 § 1, wenn man sie nach Lenels [2]) wohl begründeter Vermuthung auf das Salvianum bezieht.

Die allgemeinen Stellen bestätigen durchaus diese Einrechnung der b. f. possessio in die bona. So Modestins Definition D. (41, 1) 52. So ferner ausdrücklich zwei Erläuterungen der 'bona' des Concursedicts bei Ulpian 1383 D. (50, 16) 49 und bei Celsus 204 D. (50, 17) 190: 'quod evincitur in bonis non est', was man [3]) dahin verstehen kann, aber nicht muss: 'erst nach vollendeter Eviction hören (bona fide erworbene) Sachen auf, in bonis zu sein'.

Von den sonstigen Zeugnissen für die Annäherung des

---

[1]) Wofern nicht etwa das plumpe 'quia dominium non habuit' interpolirt worden ist, zugleich mit dem 'non a domino' D. (6, 2) 1 pr. Die Stelle ist aus Paulus 19 ad Publicianam Lenel Paulus 296. Lenel beanstandet das 'quia d. n. habuit' nicht. Es ist auch in der That trotz seiner stilistischen Ungeschicklichkeit — 'non habebat' wäre doch mindestens nöthig — gerade bei Paulus nicht unmöglich, vgl. z. B. den bekannten Schlusssatz von D. (46, 1) 36. — [2]) Lenel, Edictum S. 395; Ulpian 1632. — [3]) Mit Brinz z. R. d. b. f. poss. S. 78 und Appleton Nr. 4.

b. f. possessor an den Bonitarier ist das werthvollste die von Brinz S. 80 herangezogene, bei Appleton fehlende Stelle D. (6, 1) 17 § 1, wo Ulpian von dem b. f. possessor sagt, dass er durch die Usucapion plenum ius incipit habere, was bekanntlich für die Bonitarierusucapion der stehende Ausdruck ist: G. 1, 15; 2, 41; 3, 80.

Der Bezeichnung der beiden Publicianakläger als bonae fidei emptores entspricht also ein beiden zugeschriebenes rem in bonis habere. Aber bei der Vieldeutigkeit des letzteren Ausdrucks folgt daraus ihre theoretische Gleichstellung noch keineswegs. Wogegen wenigstens für die späteren Classiker ihre theoretische Differencirung aus den oben festgestellten terminologischen Erscheinungen sich ergiebt, nämlich aus dem anscheinenden Vermeiden von b. f. possessor für den Bonitarier und aus seiner sicheren Bezeichnung als dominus.

Bonae fidei possessor der eine, dominus der andere, das war schon ganz die justinianische Terminologie, trotz der die Gegensätze noch äusserlich zusammenhaltenden altmodischen Bezeichnung beider als bonae fidei emptores in der Publiciana D. (6, 2) 7 § 11.

Aber wurde nicht vielleicht auch der bonae fidei possessor dominus genannt?

Dafür [1]) Appleton Nr. 4: 'dès lors il n'y a point de raison de refuser le nom de propriétaire à l'acquéreur de bonne foi, tant qu'il ne se trouve pas en présence de personnes ayant un droit égal ou supérieur au sien'. Aber einen Quellenbeweis versucht er nicht einmal. Derselbe dürfte auch unmöglich sein.

Allerdings wird D. (11, 7) 14 § 1 als dominus ein bonae fidei emptor a non domino bezeichnet (o. S. 259), aber D. (50, 17) 137 beweist die Unechtheit dieser Bezeichnung.

Etwas besser wäre die Berufung auf Ulpian D. (18, 2) 4 § 3: ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. Daraus könnte man deduciren:

bonae fidei possessio = verpfänden können,
verpfänden können = dominium,
also b. f. possessio = dominium.

[1]) Im Zusammenhang der oben S. 214 ff. erwähnten Hypothese.



Aber Ulpian bei seiner raschen Schriftstellerei will schon bei dem, was er ausdrücklich sagt, nicht stets beim Wort genommen sein. Ein solches dialectisches Quälen gelegentlicher Aeusserungen würde er sich daher wohl sehr verbeten haben.

Nicht ergiebiger ist endlich C. de rebus alienis non alienandis (4, 51) 3 von Diocletian: venditrici succedenti hereditario iure perfectam recte venditionem rescindere ac dominium revocare non licet: sed et si hoc ex persona sua vindicet etc. — Es liegt vor: Beerbung der verkaufenden Nichteigenthümerin durch den Eigenthümer. Dessen Vindication wird ein 'dominium revocare' genannt. Vielleicht weil der Käufer durch die exceptio rei venditae et traditae geschützt, also absoluter Herr der Sache ist. Wahrscheinlicher ist, dass eine bloss thatsächliche, ungenaue Redeweise vorliegt.

Jedenfalls ergiebt weder diese Stelle noch sonst eine die Terminologie b. f. possessor = dominus.

V.

Die Publiciana und das Provincialgrundeigenthum.

Im folgenden sollen zwei Fragen erörtert werden, die Lenel in der Palingenesie aufgeworfen hat. Beide auf praedia stipendiaria vel tributaria bezüglich und beide von grosser Bedeutung für Schulin-Appletons System der Publiciana nach Eigenthumsverlust, welches den Gegenstand des zweiten Theils dieser Beiträge bilden wird.

Vorweg einige Worte über die Bedeutung der Provincialgrundstücke.

Dass dieselben an Flächenraum und Werth die italischen Grundstücke, die in den Provinzen inbegriffen, übertrafen, liegt auf der Hand. Ein grosser Theil davon gehörte schon unter der Republik Römern, und andererseits gewannen in der Kaiserzeit die Provincialen und ihre Rechtsverhältnisse immer mehr Bedeutung und Berücksichtigung, da müssen denn in der Praxis der Juristen und Kaiser des zweiten und dritten Jahrhunderts die praedia stipendiaria und tributaria häufiger und wichtiger gewesen sein als die italischen, mancipationsfähigen Grundstücke. In der Rechtslehre überwogen aller-

dings die italischen Grundstücke und die sie betreffenden Civilrechtssätze, dafür genügt der Hinweis auf den breiten Raum, den die Grundstücksusucapion in den Pandekten einnimmt[1]). Aber zwischen der Rechtslehre der Kaiserjuristen und der wirklichen Praxis war bekanntlich oft genug ein grosser Unterschied, wofür im Grossen auf die leges iudicio populi receptae (Julian D. (1, 3) 32 § 1) und im Kleinen z. B. auf die trotz thatsächlicher desuetudo (Ulpian D. (47, 2) 93) nach wie vor gelehrte Diebstahlsprivatklage verwiesen sei. Trotzdem also die Rechtslehre der Kaiserzeit immer noch die italischen Grundstücke in den Vordergrund rückte, so ist es doch durchaus irrig, insbesondere praktischen Stellen gegenüber, jeden fundus von vornherein für einen fundus italicus zu halten. Wo nicht ein besonderes Merkmal, vor allem die Usucapion diese Eigenschaft bezeugt, da ist mindestens ebensoviel Wahrscheinlichkeit, dass ein nichtmancipirbares Provincialgrundstück vorliegt. Das zeigt z. B. der Codextitel 3, 32 de rei vindicatione, wo von 14 auf Grundstücke irgendwie bezüglichen Stellen 5 mit Sicherheit auf Provincialgrundstücke gehen, eine auf italische (fr. 24), während bei 8 kein zufälliges Merkmal ihre Beziehung verräth[2]).

---

[1]) In den Vaticana fragmenta wird der fundus italicus allein berücksichtigt: fr. 45, 47 aus den theoretischen manualia des Paulus; ferner in zwei Responsen fr. 94 und 263. Sonst allenthalben (fr. 61. 252a. 268. 285. 313) werden sicher oder wahrscheinlich beide Grundstücksarten berücksichtigt, sei es ausdrücklich, sei es durch Wendungen wie 'mancipatio vel traditio'. Dagegen gehen wahrscheinlich oder sicher nur auf Provincialgrundstücke fr. Vat. 29. 259. 283. 293. 312. 315. 316, vgl. die folgende Anm. — [2]) Nachstehend das Ergebniss der die meiste Ausbeute versprechenden Quellenabschnitte. Allerdings das Ergebniss nicht für provincielle Grundstücke (stipendiarische und tributarische), sondern nur für in der Provinz gelegene Grundstücke. Darin stecken also auch die der Gemeinden mit solum Italicum (Ulp. D. (50, 15) 8 § 7). Aber dieses an sich nicht sehr bedeutende Zuviel wird mehr als aufgewogen durch das grosse Zuwenig, was durch die zahlreichen Provincialgrundstücksstellen entsteht, bei denen kein zufälliges Merkmal uns diese ihre einstige Beziehung verräth. Von den benutzten Kriterien sind manche unsicher, das ist dann bei jedem hervorgehoben.

1. Ausdrücklich bezeichnete praedia stipendiaria vel tributaria.
   Gaius 2; 7, 21; Papinian Vat. fr. 259; Caracalla C. (3, 34) 3; Ulpian Vat. fr. 61; Diocletian Vat. fr. 283. 285. 286. 293. 313. 315. 316; Justin. J. (2, 1) 40.

Dies vorausgeschickt, wird man Lenels erste Frage für sehr gerechtfertigt halten. Sie betrifft mehrere Stellen aus Ulpian 17 ad Edictum, welche von Schulin und Appleton auf die Publiciana bezogen werden, darunter D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29, zwei Hauptstützen für Schulins Versuch, die Eigenthumsverhältnisse bei addictio in diem und mortis causa donatio durch das Eingreifen der Publiciana zu erklären.

---

2. Grundstücke 'in provincia'.
   Modestin D. (18, 1) 62 pr.
3. 'in (eadem — alia) provincia'.
   Dioclet. C. (3, 19) 1; Constant. C. (3, 19) 2.
4. 'ager militibus adsignatus'.
   Ulp. D. (6, 1) 15 § 2.
5. Der praeses provinciae als Richter.
   Severus C. (8, 15) 2; Alex. C. (4, 44) 1; C. (8, 29) 1; Gordian. C. (3, 32) 5; C. (8, 13) 9; C. (8, 29) 4; Philippus C. (3, 34) 5; Claud. C. (3, 34) 6; Dioclet. Vat. fr. 312; C. (3, 32) 15, 17; C. (3, 34) 9, 10; C. (3, 36) 14; C. (4, 44) 5; C. (4, 46) 2; C. (4, 49) 5, 8; C. (4, 50) 5; C. (4, 51) 5; C. (7, 32) 5, 6; C. (7, 33) 3; C. (8, 23) 2; C. (8, 34) 2; Constant. ad pr. prov. Lugd. C. (4, 47) 2.
6. Ein procurator als Richter (das kann seit Nerva wohl nur in der Provinz vorkommen: Mommsen, Staatsrecht II²A S. 195 A. 1; S. 980—982).
   Vat. fr. 29; Dioclet. C. (3, 34) 7.
7. Donatio perfecta durch blosse Tradition.
   Dioclet. C. (4, 38) 3, 9.
8. Longae temporis praescriptio angerufen (nicht ganz sicher, obwohl wahrscheinlich, soweit die Usucapion reichte, die daneben stehende l. t. pr. nicht oft benutzt wurde).
   Paulus D. (18, 1) 76 § 1; Alex. C. (2, 50) 3: Grundstück eines Soldaten, also gewiss eines Provincialen; Gordian. C. (3, 32) 4: ebenso; Dioclet. C. (7, 35) 6.
9. Dominus durch blosse Tradition (unsicher, da auch der Bonitarier dominus genannt wurde).
   Alex. C. (3, 32) 3; C. (4, 50) 2; Gordian. C. (3, 32) 6; Valer. C. (4, 50) 4.
10. Tributum erwähnt (unsicher, seit Diocletian Italien dem tributum unterwarf, Marquardt. St.-Verw. II²A S. 224).
   Scaevola D. (19, 1) 52 pr.; Alex. C. (4, 47) 1 [Dioclet. C. (3, 32) 25], Constant. ad praes. Baeticae C. (4, 46) 3.
11. Capitatio erwähnt (wie Nr. 10).
   [Dioclet. C. (4, 49) 9].

Diese Stellen nun beansprucht Lenel für die Provincialvindication, allerdings nur zweifelnd: Paling. II p. 515 n. 5:

> Fr. 585—589 sub hac rubrica non sine dubitatione collocavi: moveor autem eo, quod in his omnibus de fundo agi videtur non per mancipationem, sed per traditionem ad alium translato.

Sicher ist nun, wegen der Erläuterung von stipendium und tributum bei Ulpian 17, D. (50, 16) 27 § 1, dass er in diesem Buch die Provincialvindication behandelte. Aber ebenso auch die Publiciana: D. (6, 1) 37, 73 pr. Und für diese passt die blosse Tradition des fundus natürlich genau ebenso gut. Unmöglich wird dadurch nur die Civilvindication, dagegen sind die Publiciana und die Provincialvindication ganz gleichmässig bloss durch die Tradition bedingt. In den vorliegenden Stellen aber spricht mancherlei gegen die Provincialvindication, also für die Publiciana. Zwar, dass von Lenel das pr. von D. (6, 1) 39 — über eingebaute caementa — auf die Vindication oder die Publiciana bezogen wird (Ulp. 577), dagegen der § 1 derselben Stelle auf die Provincialvindication (Ulp. 585), das ist nur ein kleiner Anstoss, trotzdem er Ulp. 580. 583 D. (6, 1) 73. 75 zwischen beiden Paragraphen hergenommen sein lässt. Denn der Compilator konnte aus inhaltlichen Rücksichten die Fragmente 73 und 75 ans Ende von D. 6, 1 stellen wollen, und dann mussten natürlich die für D. 6, 1 noch bleibenden Ausschnitte aus Ulpian 17 Ed. hintereinander abgeschrieben werden.

Schwerer wiegt aber, dass in D. (6, 1) 41 pr. Ulp. 586 zwar am Schluss von einem fundus die Rede ist, der Eingang dagegen ganz allgemein lautet: si quis hac lege emerit ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti.

Und Ulp. 588 D. (6, 1) 41 § 1 schliesst sogar von dem fundus ausdrücklich auf die res: si domini rem tradat. Das passt schlecht zu einer Grundstücksklage.

Noch weniger passt dazu Ulpian 587 D. (39, 6) 29. Da ist schlechtweg nur von res donata die Rede. Allerdings wurde nun das Provincialgrundstück manchmal res tributaria genannt und dies als 'res' tribonianisirt: Vat. fr. 315 (C. 3, 32) 15 § 2. Aber häufig war dieser Ausdruck unseren Quellen

nach nicht. Und vor allem: pflegt man gerade Grundstücke mortis causa zu verschenken?

So braucht denn auf den Inhalt von D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29 gar nicht eingegangen zu werden, um zu sehen, ob dies Wiederaufleben der Klage besser zur Publiciana passt als zu der — uns gänzlich unbekannten — Provincialvindication.

Es kann schon jetzt als sicher behauptet werden, dass diese beiden Stellen, und überhaupt Ulpian 585—589, auf die Publiciana gehen können, als wahrscheinlich, dass sie beide wirklich darauf gingen. Schulins System sind also diese beiden Stützen durch Lenel nicht entzogen worden.

Lenels zweite Frage greift Schulins System mittelbarer, aber nicht minder gefährlich an. Er bezweifelt die Anwendbarkeit der Publiciana auf Provincialgrundstücke, d. h. auf die weitaus wichtigsten res nec mancipi.

Wäre dies begründet, so würden die von Schulin für die addictio in diem u. s. w. angenommenen Manipulationen mit der Publiciana praktisch nicht sehr viel weiter gereicht haben, als die Manipulationen mit dem in bonis bei res mancipi. Denn der Natur der Sache und den Quellen zufolge kamen für alle Eigenthumsfragen, insbesondere auch für die in diem addictio, hauptsächlich zwei Arten von Sachen in Betracht: Sklaven und Grundstücke. Eine Klage, die von vornherein für den grösseren Theil der letzteren versagt hätte, wäre also zur Herstellung einer allgemeinen Rechtseinrichtung wie die in diem addictio ungeeignet gewesen.

Indess auch hier erscheinen Lenels Zweifel als unbegründet. Er äussert dieselben zu D. (6, 2) 12 § 2 Paulus 295: In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita est. Dazu die Note 2: 'si forte b. f. mihi tradita est', non videntur esse Pauli quem suspicor scripsisse: Publiciana non competit.

Also: in praediis quae usucapi non possunt Publiciana non competit. Das würde nicht schlecht passen zu zwei Aeusserungen Ulpians:

D. (6, 2) 9 § 5: Haec actio in his quae usucapi non possunt . . . locum non habet.

D. (6, 2) 11 § 7: . . si ipse fundus Publiciana peti non potest.

Ferner spricht in etwas für Lenel die Wortform von: si forte bona fide mihi tradita est. 'Si forte' zur Anführung einer stets nothwendigen Voraussetzung klingt nicht classisch präcis, sondern nach jener Unbestimmtheit, die das Lebenselement der Compilatoren ist. 'Bona fide tradita' ist auffallend, dem Empfänger wird sonst die b. f. nachgesagt. Endlich das 'est', was sehr wohl der Eile des ändernden Compilators zugeschrieben werden kann. Also: si f. b. f. m. t. est könnte in der That eine flüchtig hingeschriebene Interpolation sein.

Aber auch nur könnte; denn 'est' kann ein Copist für 'sunt' verschrieben haben, bona fide tradita findet sein Seitenstück in dem sehr classischen bona fide servire, und wenn man es dennoch hässlich findet und das 'si forte' auch, so gilt doch für alle diese Interpolationsfragen, dass die Classiker, zumal Paulus und Ulpian, der einreissenden Barbarei schon sehr nahe standen, ja eigentlich schon mitten darin. Da sind denn stilistische Unschönheiten ein wenig sicheres Merkmal von Interpolationen.

Aber weiter: selbst wenn das 'si forte b. f. mihi tradita est' compilatorisch wäre, so wäre Lenels 'Publiciana non competit' dadurch noch nicht bewiesen. Denn auch wenn Paulus die Klage gewährte, konnte er sich mit einem blossen 'competit' kaum begnügen. Er hätte ihre Formel angegeben und damit den Compilator leicht zur Interpolation veranlasst.

Spricht § 2 nur wenig für Lenel, so sprechen die §§ 3 und 4 erheblich gegen ihn. Der § 3: Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero, sieht durchaus echt aus und doch müsste er bei Lenels Conjectur gleichfalls interpolirt sein. Denn an 'Publiciana non competit' konnte er sich kaum anschliessen. 'Non competit si bona fide emero', bei mala fides doch erst recht nicht!

In etwas gegen Lenel auch § 4: si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur ne contra leges faciat. 'Eo casu' ist anscheinend absichtlich vorangestellt und betont. In diesem Fall versagender Usucapion

versagt auch der Prätor die Publiciana, das setzt als Gegensatz voraus: in den oben besprochenen Fällen versagt zwar die Usucapion, die Publiciana aber steht trotzdem zu.

Der Gesammteindruck von D. (6, 2) 12 spricht also gegen Lenels 'Publiciana non competit'. Und die oben angeführten Aeusserungen Ulpians sprechen nicht sehr für ihn.

Das Princip: wo keine Usucapion, da keine Publiciana, verleugnet Ulpian selbst für die Servituten D. (6, 2) 11 § 1. Und für 'si ipse fundus Publiciana peti non potest' giebt die lex Iulia et Plautia eine durchaus genügende Erklärung.

Gar nichts, weder für noch wider, wird anzufangen sein mit der auffälligen Thatsache, dass die Compilatoren diese wichtige Notiz, interpolirt oder nicht interpolirt, dem Paulus entnahmen, der sonst nur Ergänzungen zu dem Hauptgewährsmann Ulpian lieferte.

Ein erhebliches Argument für die Zulässigkeit der Publiciana bei Provincialgrundstücken liegt dagegen in ihrer Fortexistenz im justinianischen Immobiliarrecht, statt dass sie mit dem nudum ius Quiritium und der Grundstücksusucapion untergegangen wäre. Mit Lenels Conjectur liesse sich dies wohl nur durch die Annahme vereinigen, dass nach Paulus die Publiciana auf Provincialgrundstücke ausgedehnt worden wäre. So dass schliesslich nur das fraglich wäre, wann diese Ausdehnung erfolgte, ob vor Julian, vor Paulus, vor Diocletian oder noch später.

Für vordiocletianisches Bestehen der Provincialgrundstückspubliciana scheint mir in etwas Diocletians C. (7, 35) 6 — quibus non obiciatur longi temporis praescriptio — zu sprechen:

> Ab hostibus captus ac postliminio reversus actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando ⟨longi⟩ temporis adversarii possessionem frustra times, cum adversus eos qui restitutionis auxilio quacumque ratione iuvantur huiusmodi factum non opituletur.

Die Stelle beweist allerdings nur dann, wenn man wegen der l. t. pr. Provincialgrundeigenthum vermuthet und unter der 'quaelibet alia in rem actio' die Publiciana versteht, allein oder doch wenigstens neben der restitutorischen Klage aus

dem Edict D. (4, 6) 1 § 1. Beide Annahmen sind unbeweisbar, aber nicht unwahrscheinlich.

Alles in allem ist also die Anwendung der Publiciana auf bona fide a non domino erworbene Provincialgrundstücke nicht widerlegt und wenn auch nicht bewiesen, so doch immerhin recht wahrscheinlich.

Dagegen wird nicht beizutreten sein einer Vermuthung Appletons Nr. 47. Er denkt sich (nach Lenel, Edictum S. 132 A. 6) die Provincialpubliciana ficticisch: 'si fundus Italici iuris esset' [1]) und vermuthet dazu, diese so hergerichtete Publiciana sei die einzige Provincialgrundstücksklage gewesen auch für 'a domino' erworbene Grundstücke. Für diese Vermuthung beruft sich Appleton auf Jherings Gesetz der 'juristischen Oekonomie' (Geist § 56). Diese Begründung reicht schwerlich aus (o. S. 217 f.), denn das Alter der Provincialgrundstücksklage spricht gegen ihre Identificirung mit der Publiciana. In der That wird man derartige Ausnutzungen der Publiciana zu ursprünglich ihr ganz fremden Zwecken kaum in republikanische Zeit setzen, während der Provincialgrundbesitz schon in der lex agraria von 111 als rechtsbeständig, also wohl als längst durch Klage geschützt erscheint. Ja, die lex agraria, die den Provincialgrundbesitz als 'habere, possidere, frui licere' unterschiedslos mit dem italischen ager publicus zusammenstellt, berechtigt zu der Vermuthung, man habe gerade die den ager publicus schützende, uns allerdings unbekannte Klage auch für den Provincialgrundbesitz verwendet.

Nach Lenel (Ed. § 71) wäre die Provincialgrundbesitzklage direct auf 'habere possidere frui licere' formulirt gewesen.

(Fortsetzung und Schluss im nächsten Heft.)

[1]) Was unbeweisbar ist, aber durchaus möglich. Audibert (s. o. S. 213 A. 1) p. 277 leugnet diese Möglichkeit. Er wendet ein, bei der Fiction 'si Italici iuris esset' hätte der verklagte Besitzer eines Provincialgrundstückes die Usucapion anrufen können. — Aber galt denn gegenüber der Publiciana die Berufung auf Usucapion? Nach D. (17, 1) 57 galt sie nicht, wie demnächst auszuführen, d. h. nicht formelmässig und officio iudicis. Nur der Prätor schützte den publicianisch verklagten Usucapienten. Und bei Provincialgrundstücken hätte er diesen Schutz natürlich unterlassen.



XIV.

Zur sog. exceptio divisionis.

Von

Herrn **Paul Sokolowski**

in Berlin.

In all den zahlreichen grösseren Werken und Monographien, in denen die Rechtswohlthat der Klagentheilung gerade in unseren Tagen behandelt worden ist, tritt uns regelmässig die für unanfechtbar gehaltene Auffassung entgegen, dass die Vorschützung des auxilium divisionis von jeher auf dem Wege der exceptio erfolgt sei[1]).

Diese Darstellung ist indessen keineswegs erschöpfend und findet in solcher Einseitigkeit in den Quellen keine Bestätigung[2]).

---

[1]) Ich sehe hier zunächst von älteren, wie Anton Hering, Tractatus de fideiussoribus, Frankfurt 1647, Cap. XXVII pars. 2, ab. In neuerer Zeit haben diesen Standpunkt vertreten Girtanner, Die Bürgschaft S. 457 u. ff., ferner Hasenbalg, Die Bürgschaft S. 468. Liebe, Stipulation S. 228 u. ff. Zimmern in Neustetels und Zimmerns Römischrechtlichen Untersuchungen S. 272. v. Schröter, Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Process VI S. 430. v. Wening-Ingenheim, Ueber die Verwandlung einer Obligatio in solidum in eine Obligatio pro parte durch den Gebrauch des auxilium divisionis, in der Giessner Zeitschrift für Civilrecht und Process. Ad. Dedekind, De exceptione divisionis disquisitiones, Goettingae 1853, p. 40. 59. Lud. Rueckert, Principia iuris Romani de exceptione, quam vocant divisionis, Goettingae 1852. Georg August Arnold Grotefend, De exceptione divisionis, Goettingae 1852, S. 11 u. ff. Unter den neueren Pandektisten haben sich dieser Auffassung angeschlossen: Unterholzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Ph. E. Huschke, Leipzig 1840, Bd. II S. 818. Sintenis, Civilrecht III. Aufl. 1868 Bd. II § 89 Not. 47 S. 142. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1882, Bd. II S. 808 N. 3. — [2]) Im Gegensatz zu den in Note 1 Genannten ist dann freilich die rechtliche Natur des auxilium divisionis richtiger gewürdigt worden von



I.

Um die wahre Natur des auxilium divisionis zu erkennen, müssen wir auf die älteste systematische Darstellung bei Gaius zurückgehen. Er betrachtet (III, 121) die epistula Hadriani im Zusammenhang mit der früheren Gesetzgebung, insbesondere mit der lex Furia, und kommt, indem er beide Erlasse mit einander vergleicht, zu folgendem Resultat: Laut Vorschrift der lex Furia zerfällt die Bürgenschuld am Tage der Fälligkeit der Hauptschuld [1]) in soviel selbstständige Theilobligationen, als zu dieser Zeit noch haftbare sponsores oder fidepromissores vorhanden sind. Jeder Mitbürge weiss also von Anfang an, dass er nur auf einen Theil belangt werden darf, wofern seine Mitbürgen bis zum Tage der Fälligkeit am Leben bleiben [2]).

Die lex Furia bedeutete der älteren lex Appuleia gegenüber eine erhebliche Verbesserung in der Lage der sponsores und fideprommissores. Zwar gewährte die lex Appuleia demjenigen sponsor oder fidepromissor, welcher die ganze Bürgschaftsschuld gezahlt hatte, eine selbstständige Regressklage gegen die Mitbürgen auf dasjenige, was er über seinen Kopftheil hinaus geleistet hatte. Gleichwohl besassen vor Einführung der lex Furia die Bürgen gegen den Gläubiger, der sie auf das Ganze belangte, keinerlei Schutzmittel [3]).

Aber auch nach Erlass der lex Furia schuldete bis zum Fälligkeitstermin der Hauptschuld jeder der mehreren sponsores oder fideprommissores das Ganze. Er zahlte daher, wenn er vor jenem Zeitpunkt die ganze Bürgenverbindlichkeit

---

Keller, Litiscontestation S. 568 und Lenel, Edictum perpetuum S. 171. Insbesondere aber hat Dernburg, Pandekten II S. 212 u. 213 Note 9 in kurzen, scharfen Zügen diejenige Richtung skizzirt, deren Eigenthümlichkeiten auszuführen ich mir zur Aufgabe gemacht habe.

[1]) Ich trage nicht Bedenken, die Worte des Gaius: „quo pecunia peti potest“ auf die Hauptschuld und ihre Fälligkeit — dies venit — zu beziehen. Vgl. damit Ulpians Ausspruch L. 213 Dig. de verb. sign. 50. 16: . . . . „venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit“. — [2]) Die sponsio und fidepromissio war für römische Bürger nicht vererblich. Gaius III, 120. — [3]) Cf. Gaius III, 122: „quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur“.

erfüllte, eine eigene Schuld und hatte alsdann gegen seine Mitbürgen nur die actio ex lege Appuleia auf verhältnissmässigen Ersatz [1]). Leistet er aber nach Fälligkeit der Hauptobligation das Ganze, so bezahlt er damit eine Nichtschuld und kann dasjenige, was er über seinen Kopftheil hingegeben hat, vom Gläubiger zurückfordern, wobei dem sponsor in gewissen Fällen sogar das verschärfte Verfahren der legisactio per manus iniectionem zusteht [2]).

Die sämmtlichen hier erwähnten Rechtswohlthaten erstreckten sich auf den fideiussor nicht und selbst die in der epistula Divi Hadriani enthaltene Reform blieb weit hinter demjenigen zurück, was die lex Furia für die Lage des sponsor und fidepromissor geschaffen hatte.

Die Fälligkeit der Hauptschuld bringt in die Haftung des fideiussor keine Veränderung. Zahlt er nach dem „dies, quo pecunia peti potest" ohne Vorbehalt das Ganze, so erfüllt er damit seine eigene Verpflichtung und ein selbstständiger Rückgriff nach dem Vorbilde der lex Appuleia gegen seine Mitbürgen wird ihm nicht gewährt. Dieses und nichts weiter besagt die oft irrthümlich interpretirte.

> L. 39 Dig. de fidei. et mand. 46, 1 Modestinus: Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. Ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur.

„Danda actio non est" d. h., es giebt für diesen Fall keine besondere selbständige Klage. Will daher der Mitbürge seine Ansprüche geltend machen, so bedarf er hierzu einer actio cessa. Dasselbe bestätigt L. 11 pr. Cod de fideiussor. et mandat. 8, 40 Imp. Alexander:

> Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit.

---

[1]) Wofern man eine Geltung dieses Gesetzes für Italien nach Einführung der lex Furia noch annehmen will. cf. Gaius III, 122: „sed an etiam in Italia beneficium legis Appuleiae supersit, valde quaeritur". — [2]) Gaius IV, 22.



Die epistula Divi Hadriani sieht von einer gesetzlichen Theilung der Bürgenobligation ganz ab.

L. 26 Dig. de fideiussor. et mandator. 46, 1 Gaius: Inter fideiussores non ipso iure dividitur obligatio ex epistula divi Hadriani:

Jeder confideiussor haftet bis zuletzt für die ganze Bürgenschuld

Gaius III, 121: fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur, cf. § 4 Inst. de fideiuss. III, 20.

Erst wenn der Gläubiger mit der Klage vorgeht, kann jeder auf Leistung der ganzen Bürgenschuld belangte fideiussor verlangen, dass zunächst drei Thatsachen einer Prüfung unterzogen werden, deren Vorhandensein eine Theilung der Klage unter die Mitbürgen bedingt:

1. Ob ausser ihm noch andere fideiussores für dieselbe Hauptschuld haften und ob auch ihre Verbindlichkeit in demselben Zeitpunkt fällig ist.

2. Wie viele von diesen confideiussores anwesend sind[1]).

3. Wie viele von den anwesenden confideiussores als zahlungsfähig zu betrachten sind.

Diese drei Thatsachen mussten zur Zeit der litis contestatio zusammentreffen. Ihre Untersuchung hatte daher vor jenem Act, also jedenfalls in iure, d. h. vor dem Prätor, stattzufinden[2]).

Was zunächst das unter 1. erwähnte Requisit betrifft, so kommen hier nur diejenigen Mitbürgen in Frage, welche zur Zeit der litis contestatio ausgeklagt werden können. Ist daher durch eine besondere Uebereinkunft mit dem Gläubiger etwa durch einen Vergleich[3]) oder pactum de non petendo

[1]) Es ist sehr auffallend, dass Gaius dieses Erfordernisses mit keinem Worte Erwähnung thut. Ebenso wird es in den justinianischen Institutionen mit Stillschweigen übergangen. Die einzige Stelle, welche in Pandekten und Codex auf die „praesentia" hinweist, ist L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1. Indessen hebt Nov. 99, die jene Frage nochmals behandelt, das Requisit der „praesentia" ausdrücklich hervor. — [2]) § 4 Inst. de fideiussor. III, 20 L. 51 §§ 1. 4 Dig. de fidei. 46, 1, L. 16 Cod. de fidei. 8, 40. — [3]) L. 15 § 1 Dig. de fidei. 46, 1 Iulianus: „Si ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero



in personam [1]) ein confideiussor vorher befreit worden, so kommt er weiter nicht mehr in Betracht und das ihm Erlassene fällt den übrigen Mitbürgen zur Last. Diese Consequenz steht in voller Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der fideiussio. Der Gläubiger sollte freie Hand haben in der Ausübung seiner Rechte dem Hauptschuldner und den Bürgen gegenüber. Es stand ihm auch frei, durch Entlassung von Bürgen seine Sicherheit zu mindern, ohne dass irgend jemand dawider Einsprache erheben durfte.

Wesentlich anders verhielt es sich, wenn eine Mandatsbürgschaft vorlag. Hier verbot die bona fides dem Gläubiger jede nachtheilige Veränderung nicht nur der Hauptschuld, sondern auch aller accessorischen Rechte, welche jener zur Seite standen, als der Bürge in seine Haftung eintrat. Eine Uebernahme der Bürgschaft mit der ausdrücklichen Forderung, dass Mitbürgen gestellt würden, braucht hierbei keineswegs vorausgesetzt zu werden [2]). Der Gläubiger handelt auch dann schon contra bonam fidem, wenn er das vom Mandator anfänglich eingegangene Risico vergrössert. Das vom Bürgen übernommene „periculum" wird aber dadurch zweifellos vermehrt, dass der Gläubiger einen Mitbürgen, dessen Mithaftung

---

quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exceptione submoveris". Schon Dernburg, Pandekten II § 81 N. 7 und Goldschmidt in Jherings Jahrbüchern 26 N. F. 14 S. 366 haben jeden Versuch einer anderen Lesart als verfehlt und ganz überflüssig verworfen. Ich schliesse mich ihnen vollkommen an. Dagegen kann ich Goldschmidts Einwand, dass es dem Gläubiger nicht freigestanden habe, den „einen Mitbürgen auch zum Nachtheil des Mitbürgen zu liberiren" — a. a. O. S. 368 — nicht beistimmen. Nach den Regeln der fideiussio des classischen Rechts hatte er diese Befugniss ganz fraglos. Für das moderne Recht, sowie zum Theil auch für das justinianische ist Goldschmidts Darstellung dagegen durchaus zutreffend, cf. auch Dernburg a. a. O. II § 81 Note 7 und Hasenbalg a. a. O. S. 488 N. 8a.

[1]) L. 23 Dig. de pact. 2, 14 Paulus: „Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Immo nec confideiussoribus proderit. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt. — [2]) L. 59 § 6 Dig. mandati 17, 1.



auch nicht gerade besonders ausbedungen wurde, seiner Verpflichtung entbindet. Der Mandator wird daher verlangen können, dass bei der Klagetheilung der also befreite Mitbürge auch in Betracht gezogen werde.

Eine Ausnahme wird nur in dem Falle anerkannt werden dürfen, wenn der Gläubiger nachträglich zu seiner eigenen Sicherheit und ohne jede Vereinbarung mit dem Mandator sich für dieselbe Hauptschuld einen weiteren Bürgen bestellen lässt. Letzterer kann rechenschaftslos und ohne Verletzung von Treue und Glauben nachher wieder liberirt werden. Der Gläubiger darf zwar das periculum des Mandators durch sein Verhalten nicht erhöhen, daraus ergiebt sich indessen keineswegs die Verpflichtung, durch einseitiges positives Thun das Risico des Bürgen zu beseitigen oder zu mindern. Was der Gläubiger in dieser Richtung aus freien Stücken gethan hat, kann er willkürlich, ohne ein Recht zu verletzen, auch wieder rückgängig machen.

Schwierig ist es, sich diejenigen Vorgänge zu vergegenwärtigen, durch welche das unter 2. erwähnte Requisit — die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen — erhärtet wurde. Es muss angenommen werden, dass eine blosse Bescheinigung dieser Thatsache vor dem Prätor genügte. Einmal war der Prätor hinsichtlich der Art und Weise, wie sich während des Verfahrens in iure seine Ueberzeugung zu bilden hatte, an keinerlei Regeln gebunden. Sodann darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei der Vereinigung des gesammten Geschäfts- und Börsenwesens während der ersten Kaiserzeit in der Stadt Rom es durchaus nicht so schwierig war, wie es uns jetzt dünkt, sich über die Vermögenslage des Einzelnen die erforderlichen Aufschlüsse zu verschaffen. Der Einfluss des Prätors reichte viel weiter, als derjenige irgend eines heutigen Gerichts. Er war daher durchaus in Stand gesetzt, sich die erforderlichen sachverständigen Auskünfte zur Unterstützung seiner eigenen Meinung zu verschaffen.

Später bei der Decentralisirung des geschäftlichen Lebens im römischen Weltreich liess sich die bisherige Praxis freilich nicht mehr aufrechterhalten. Daher sehen wir, dass Justinian bei der Einführung des beneficium excussionis oder der Vorausklage durch die Nov. IV, 1 von dem Erforderniss der

Zahlungsfähigkeit Abstand nimmt und nur den Nachweis der Anwesenheit des Hauptschuldners fordert. Diese Einschränkung lag durchaus nicht im Sinne des neuen Gesetzes. Es entsprach ohne Zweifel dem Willen Justinians, dass dem Gläubiger die aussichtslose Anstellung einer Vorausklage gegen einen insolventen Hauptschuldner erspart bleibe. Eine solche Bestimmung scheiterte aber an der praktischen Undurchführbarkeit des Beweises der Insolvenz ohne vorherige Ausklagung [1]).

Wo aber andererseits — wie in Nov. 99 — das „solvendo esse" als Gegenstand eines besonderen Nachweises auch später noch hervorgehoben wird, da erachtet es der Kaiser doch für nothwendig, das Verfahren genau zu normiren, und zwar, was sehr bezeichnend ist, in der Weise, dass die anwesenden Mitverpflichteten in den Rechtsstreit des zunächst Belangten hereingezogen werden sollen. Hierdurch liess sich dann allerdings die ökonomische Lage auch der Mitbürgen am sichersten feststellen [2]).

---

[1]) Aus diesem Grunde ist es durchaus zu billigen, wenn die heutige Praxis die Bestimmungen der Nov. IV dahin ergänzt, dass eine Vorausklage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch dann nicht gefordert werden könne, falls letzterer sich im Concurs befindet; cf. Seuffert XIV N. 34: „Zum Auschluss der Rechtswohlthat der Vorausklage wird der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, gleichviel bei welcher Gelegenheit solche sich herausstellt, erfordert." Das gleiche Princip spricht aus: Seuffert IV N. 42, VII N. 314, X N. 48, XIII N. 85, XXI N. 111, XXII N. 141, XXVI N. 18, XXVII N. 130, XXVIII N. 204, XXXVII N. 28; Dernburg, Pfandrecht II S. 385; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Art. 675. Anderer Meinung ist freilich Chop, Archiv für civilist. Praxis Bd. XV S. 50 ff., S. 65, welcher die Frage verneint, indessen sucht man in seiner Deduction vergeblich nach neuen Gründen. Chop erklärt einfach: diese Ausnahme sei nicht einzuräumen, weil in der Nov. IV davon nichts stehe. Dies kann freilich nicht bestritten werden, hat aber auch darin seinen guten Grund, dass die Römer unser heutiges Concursverfahren nicht kannten. Daher geht Chop auch viel zu weit, wenn er behauptet, diese Einschränkung der Vorausklage widerspreche dem Geiste der Nov. IV; das Gleiche vertritt die vereinzelte Entscheidung des O. A. G. Darmstadt, 21. Oct. 1854 bei Seuffert XII, N. 158. — [2]) Ich halte es für sehr wahrscheinlich, dass Justinian mit der Nov. 99 unter anderem auch die Regelung dieser Seite des auxilium divisionis den veränderten wirthschaftlichen und processualen Verhältnissen entsprechend anstrebte. Darauf mag sich auch die in



Galt es die Zahlungsfähigkeit eines confideiussors zu bescheinigen, so wurden alsdann nicht nur seine eigenen Vermögensverhältnisse, sondern namentlich auch diejenigen accessorischen Sicherungsmittel in Betracht gezogen, welche er dem Gläubiger bestellt hatte. War daher für einen vermögenslosen Mitbürgen ein solventer Nachbürge eingetreten, so durfte ersterer bei der Klagetheilung nicht übergangen werden:

> L. 27 § 2 Dig. de fidei. 46, 1 Ulpianus: Praeterea si quaeratur, an solvendo sit principalis fideiussor, etiam vires sequentis fideiussoris ei adgregandae sunt.

War es dem Beklagten[1]) gelungen, den Prätor vom Zusammentreffen der hier besprochenen drei Erfordernisse zu überzeugen, so konnte er eine Herabsetzung der gegen ihn auf Zahlung der ganzen Bürgenschuld erhobenen Klage in der Weise verlangen, dass nur ein der Anzahl seiner Mitbürgen entsprechender Kopftheil in die wider ihn gerichtete formula aufgenommen und in iudicium deducirt werde. Hiernach erfolgte also auch die Theilung der Klage in iure durch den Prätor:

> Paulus I, 20: Inter fideiussores ex edicto praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur.

---

der Einleitung erwähnte „retractatio" und „adiectio" beziehen. Jedenfalls ist es doch kein blosser Zufall, wenn §§ 1 und 2 des Cap. 1 der Nov. nur das Verfahren behandeln, welches bei der Theilung des Anspruches zu beobachten sei.

[1]) Dem gegenüber ist früher mehrfach die Meinung ausgesprochen worden, der Kläger habe die Insolvenz der Mitbürgen nachzuweisen gehabt; cf. Lauterbach, Coll. Lib. 45 Tit. 2 § 23 sub 2. Cocceji, Iuris civilis controv. pars II Lib. 45 Tit. 2 quaest. 10. Donellus Ao. Tit. 40 Lib. 8 Cap. XIII sub 3 und endlich Seufferts Pand. Bd. II § 228 S. 8 ff. Das ist entschieden falsch. Diese Verschiebung der Beweislast ist von vornherein ausgeschlossen, wenn der beklagte Mitbürge, wie wir später sehen werden, ausnahmsweise die exceptio „si non et illi solvendo sint" vorschützt. Aber auch beim regelmässigen Verfahren, nach welchem diese Frage in iure untersucht und entschieden wurde, ist diese Annahme nach Ausdrucksweise und Darstellung der Quellen unzulässig. Stets tritt uns der ausgeklagte Bürge als derjenige entgegen, welcher die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen behauptet „qui contendit", während der Gläubiger überall nur Zweifel hieran geltend macht „dubitat", cf. L. 28 und L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1.

Das gleiche Princip spricht aus:

> L. 10 § 1 Cod. de fideiussor. 8, 40 Imp. Alexander: Ut autem is, qui cum altero fideiussit non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Auf dieses Verfahren bei der Klagentheilung weist auch der in § 4 Inst. de fidei. 3, 20 angeführte Wortlaut der epistula selbst hin, wo es heisst, der Gläubiger werde gezwungen (compellitur) „a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere". Der Kläger sollte nur einen Theil fordern, nur um einen Theil processiren dürfen. Hierzu zwang ihn der Prätor dadurch, dass er nur einen Theil des Gesammtanspruches in die formula aufnahm und ihn nöthigte, nur über diese herabgesetzte Forderung in iudicio zu verhandeln. Wenn wirklich, wie allgemein angenommen wurde, es regelmässig dem iudex oblag, die Theilung des Anspruches auf Grund einer exceptio vorzunehmen, so hätte die epistula selbst von „partes petere" [1]) nicht reden dürfen, denn der in Folge einer exceptio in der condemnatio zurückgedämmte Anspruch ist nimmermehr eine Theilklage.

In der Regel ist in den Quellen von einer Theilung der „actio" die Rede cf. § 4 Inst. 3, 20 L. 10 pr. § 1, L. 51 pr. § 4. 5, L. 52 § 1. Dig. de fidei. 46, 1, L. 12 in fin. Dig. rem pup. 46, 6, L. 10 § 1, L. 16, Cod. de fidei. 8, 40, Gaius III, 121 und 122.

Dagegen wird in dem gleichen Zusammenhang an Stelle der „actio" von einzelnen einer „obligatio" Erwähnung gethan; so von Ulpian in der L. 27 § 4 Dig. de fidei. 46, 1, von Paulus in seinen sententiae lib. I, 20 cit. In L. 3 Cod. de fidei. et mand. 8, 40 brauchen die Kaiser Severus und Antoninus denselben Ausdruck.

Gleichwohl hat auch diese Bezeichnung ihre Berechtigung. Von der auf ein „dare oportere" gerichteten Bürgenobligation wurde ein Theil durch die litis contestatio abgetrennt, in

---

[1]) „petere" heisst im Process fordern; cf. Gaius IV, 148: „uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat". Es hat den gleichen Sinn wie „in partes convenire", wofür übereinstimmend auch der Ausdruck „actionem dividere" gebraucht wird. L. 11 pr. Dig. de duob. reis 45, 2.



„condemnari oportere“ verwandelt und dadurch vernichtet[1]), während dem Reste der Obligation eine gleichartige Theilung unter die übrigen Mitbürgen bevorstand. Trotzdem ist eine Verwechselung mit den Wirkungen der lex Furia ganz ausgeschlossen, da, wie Gaius — L. 26 Dig. de fidei. 46, 1, desgl. Inst. III, 121 — treffend bemerkt, die epistula Hadriani eine Theilung, die von selbst, auf Grund gesetzlicher Vorschrift in einem bestimmten Termine eintrete, nicht kennt.

Nachdem der Prätor die Theilung der Klage in iure beschlossen hatte, erhielt der Richter seine Instruction in diesem Sinne.

Die Frage, was der Prätor nach der Klagentheilung in die formula setzte, erledigt sich sehr einfach, wenn die Bürgschaft auf ein certum gerichtet war. Hier bestimmte der Prätor selbst in runder Summe den Betrag, der in iudicium deducirt wurde.

Wir wählen folgendes Beispiel: Numerius Negidius und Seius haben als confideiussores bezw. als conmandatores für Titius beim Aulus Agerius auf den Betrag von XX Tausend Bürgschaft geleistet. Nachdem die Forderung fällig geworden ist, klagt Aul. Ag. den Num. Neg. aus. Beim Verfahren in iure stellt es sich heraus, dass der Mitbürge Seius anwesend und zahlungsfähig ist. Der Prätor setzt also auf Verlangen des Num. Neg. sowohl in die intentio als auch in die condemnatio der dem Aul. Ager. gewährten formula anstatt der ursprünglich geforderten XX Tausend den auf Numer. Neg. entfallenden Kopftheil von X Tausend.

Die Gliederung der formula haben wir uns daher nach dem von Gaius gegebenen Vorbilde zu denken[2]). Es wird hier für zulässig erklärt, einen Theil der Gesammtforderung in die intentio zu setzen und den Rest in einem besonderen Verfahren nachher beizutreiben.

---

[1]) Gaius III, 180: „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione . . . . . . Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione“. — [2]) Gaius IV, 56: . . . minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur. Nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur „litis dividuae“.

Die gegen den Num. Neg. gerichtete formula lautete also, wenn der fideiussio ein certum zu Grunde lag, folgendermassen:

> Si paret Numerium Negidium pro Titio apud Aulum Agerium sestertium X M. fide sua esse iussisse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X M. condemna s. n. p. a.

oder wenn eine Mandatsbürgschaft für ein certum in Frage kam:

> Si paret Aulum Agerium mandato Numerii Negidii a Titio sestertium X M. stipulatum esse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X M. condemna s. n. p. a.

Es könnte zweifelhaft erscheinen, ob der nicht in iudicium deducirte Theil in der formula ganz mit Stillschweigen übergangen wurde. Immerhin hatte Num. Neg. für XX Tausend gebürgt und die intentio ist doch gerade derjenige Satz der formula, welcher die Rechtsbehauptung des Klägers enthält — ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit — Gaius IV, 41.

Indessen besteht der Zwang, den die epistula Hadriani ausübt gerade darin, dass der Kläger veranlasst wird, dieses sein „desiderium" auf den in iure vom Prätor normirten Theil herabzusetzen. Auf den ursprünglichen Bürgschaftsbetrag nochmals in der formula hinzuweisen, war mithin ebenso überflüssig, wie eine Erwähnung der Haftung, Anwesenheit oder Solvenz der Mitbürgen. Nachdem diese Fragen in iure definitiv erledigt waren, lagen sie ausserhalb der Competenz des iudex und gehörten nicht mehr ins iudicium.

Anders gestaltete sich die formula, wenn die Forderung gegen die Bürgen auf ein incertum gerichtet war.

Hier enthielt die intentio in jedem Falle, es mochte eine Theilung der Klage stattgefunden haben oder nicht, ein incertum „quidquid ob eam rem dare facere oportet". In Folge dessen war es ungewiss, was nun eigentlich ins iudicium hinübergeleitet sei; die ganze Forderung des Gläubigers oder nur eine portio virilis.

Einen Aufschluss konnte erst die condemnatio bringen, jedoch auch nur, wenn in ihr ausdrücklich hervorgehoben

wurde, dass es sich um eine Theilklage und demgemäss um eine Verurtheilung in dasjenige handle, was der Beklagte „pro parte" zu leisten hat [1]). Damit aber der iudex im Stande sei, die Höhe dieses Theiles zu bestimmen, ist es erforderlich, dass ausserdem in der formula die Zahl derjenigen Mitbürgen angegeben werde, unter welche in iure die Klage getheilt wurde. Neben dem Num. Neg. wird also der Prätor in der demonstratio resp. praescriptio der formula auch diejenigen Conmandatoren oder Fideiussoren namhaft machen müssen, welche sich zur Zeit der litis contestatio als anwesend und zahlungsfähig erwiesen haben.

Bei der Theilung der actio incerti unter mehrere confideiussores würde die formula demnach lauten:

> E. R. A. quod Numerius Negidius cum Seio pro Titio apud Aulum Agerium incertum fide sua esse iussit, quantam partem paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

oder bei der Haftung mehrerer Conmandatoren:

> quod Aulus Agerius Numerii Negidii et Seii mandato a Titio incertum stipulatus est, quantam partem paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

Da hier jedenfalls ein incertum in iudicium deducirt wird, so kommt es nur darauf an, dieses durch Gliederung der formula dergestalt zu normiren, dass sich als factischer Inhalt des incertum schliesslich nur die auf den ausgeklagten Mitbürgen entfallende Quote herausstellt. Nur hierauf bezog sich die litis contestatio und nur dieser Bruchtheil der ganzen Bürgenschuld war in iudicium deducirt.

Die dem Kläger bei der fideiussio drohende Klagenconsumtion war damit in Beziehung auf die Rate des Seius abgewandt. Diese blieb einem nachträglichen Verfahren vorbehalten

---

[1]) „Pro parte" liesse sich ebensogut auf die intentio als auf die condemnatio beziehen, da sich bei der intentio incerta überhaupt „Rechtsbehauptung und Rechtsfolge, Bedingung und Mass der Condemnation mischen", cf. Keller, Der römische Civilprocess (Wach). S. 194 Note 444.

und konnte später ganz ebenso nachgefordert werden, wie solches bei der actio certi hinsichtlich des nicht in die formula aufgenommenen Restbetrages von X Tausend der Fall war.

Hiermit erledigen sich dann auch die von Keller und Lenel bezüglich der actio incerti geltend gemachten Bedenken, es schliesst sich die von ihnen offen gelassene Lücke[1]).

Keller meint, wir hätten hier den Fall einer Klage, durch welche der Kläger wegen der Einschränkung der Condemnation unmöglich das Ganze erhalten könne, und doch wegen der Allgemeinheit der Intentio seine ganze Forderung in iudicium deducire und consumire. Er ist fest davon überzeugt, dass es irgendwelche praktische Schutzmittel für den creditor gegeben haben muss. Diese Schutzmittel sucht Keller aber nicht in der formula selbst, sondern ausserhalb derselben, z. B. in der gleichzeitigen Ausklagung aller Mitbürgen, die, wie er sogleich einräumt, freilich nicht immer möglich gewesen sei. Einen sicheren Aufschluss hierüber vermag er in den Quellen nicht zu finden.

Auch Hasenbalg[2]) spricht von einem besonderen, uns heute nicht mehr bekannten Mittel, durch welches die Klagenconsumtion bei der Theilung einer actio incerti abgewandt wurde, meint aber auch, dass die Quellen über den Charakter dieses Mittels keinerlei Aufklärung bieten.

Durch die litis contestatio mit dem ausgeklagten Bürgen in Beziehung auf den Theilanspruch wird jede weitere Forderung des Gläubigers gegen ihn aus der Bürgschaft beseitigt. Das kann angesichts klarer Quellenzeugnisse[3]) nicht mehr in Frage gezogen werden und wird auch jetzt nicht weiter angefochten[4]). Eine Meinungsverschiedenheit besteht nur über den rechtlichen Grund dieser definitiven Befreiung. Die einen sind der Ansicht, dass jene Vereitelung jedes ferneren An-

[1]) Keller, Litiscontestation S. 569; vgl. Lenel, Edictum S. 171; ferner auch Girtanner, Die Bürgschaft S. 100 und 459 ff. — [2]) Hasenbalg, Bürgschaft S. 503. — [3]) L. 51 § 4, L. 52 § 1 Dig. de fidei. 46, 1, L. 16 Cod. de fidei. et mand. 8, 40, Theophil § 4 III, 20. — [4]) Einen anderen Standpunkt haben vertreten: Thibaut, Pandekten § 593. Mackeldey, Institutionen § 633. Sie gingen davon aus, dass es sich nur um eine provisorische Ausklagung eines Theiles handle und dass daher die fehlenden Beträge auch noch nachher von demselben Bürgen beigetrieben werden können.



spruches auf die Wirkung der Processconsumtion zurückzuführen sei. Diese irrige Auffassung wurde besonders dadurch gestützt, dass man die Geltendmachung des auxilium divisionis sich regelmässig auf dem Wege der exceptio dachte. Da nach dieser Vorstellung die ganze Bürgenschuld als in iudicium deducirt erschien, so konnte man auch nur zu dem Schlusse gelangen, dass die ganze Forderung durch litis contestatio erloschen sei. Zugleich hatte man aber mit der Inconsequenz zu kämpfen, dass dessen ungeachtet die übrigen solventen und anwesenden Mitbürgen auch nachher aus der nämlichen Forderung belangt werden konnten. Zur Beseitigung jenes unlösbaren Widerspruches habe dann jenes apokryphe, auf uns nicht überlieferte Schutzmittel dienen müssen [1]).

Nach unserer Darstellung fand aber eine Consumtion nur in Beziehung auf die in iudicium deducirte Theilklage statt. Mit demselben Recht, mit dem der Rest des Bürgschaftsanspruches von den Mitbürgen nachgefordert werden konnte, hätte er auch von dem bereits ausgeklagten Bürgen beigetrieben werden dürfen. Dass letzteres nicht mehr geschehen konnte, dafür bieten uns nur die Bestimmungen der epistula Hadriani selbst eine genügende Erklärung.

Es ist hier ausdrücklich gesagt, dass der ausgeklagte Mitbürge vor der litis contestatio eine Theilung der actio, falls gewisse Voraussetzungen zutreffen, fordern — desiderare — dürfe. Diese Theilung ist jedenfalls eine definitive und kann daher auch nur angefochten werden, wenn sich jene Voraussetzungen als irrig herausstellen sollten:

> L. 52 § 1, Dig. de fidei. 46, 1, Papinianus: Inter fideiussores actione divisa condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt, damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

Ferner darf die Insolvenz des einen Mitbürgen dem anderen nur insofern zur Last fallen, als sie vor der litis con-

[1]) Hasenbalg a. a. O. S. 503 und die anderen bereits genannten Schriftsteller, namentlich Girtanner a. a. O. S. 460.



testatio vorlag[1]). Daraus ergiebt sich, dass der Gläubiger durchaus nicht berechtigt ist, an dem einmal ausgeklagten Bürgen sich nachträglich noch einmal schadlos zu halten, falls er von den bei der Klagentheilung in Betracht gezogenen Mitbürgen später nichts erlangen sollte.

Auch die von Gaius — III, 121 — selbst betonte Analogie der lex Furia halte ich für passend[2]). Niemandem fiel es ein, bei dieser von einer bloss provisorischen Theilung der Obligation zu reden; wie sollte man da ohne bestimmten Quellenhinweis darauf kommen, der epistula Hadriani eine nur vorübergehende Wirkung beizulegen.

Wäre endlich die endgiltige Befreiung des mit der Theilklage belangten Bürgen von allen weiteren Bürgschaftsverbindlichkeiten lediglich auf eine Klagenconsumtion zurückzuführen gewesen, so hätte bei dem Wegfall der letzteren die Wirkung des auxilium divisionis eine andere, beschränktere sein müssen. Nirgends aber finden wir einen Hinweis darauf, dass bei der Mandatsbürgschaft, welche die Klagenconsumtion nie kannte, besondere Regeln gegolten hätten, oder dass nach Beseitigung der Klagenconsumtion für die fideiussio durch L. 28 Cod. de fidei. 8, 40 die Wirkungen der epistula Hadriani sich überhaupt geändert hätten.

Bis zur Ausklagung wird die ganze Bürgenschuld als eine ungetheilte Verbindlichkeit jedes einzelnen Bürgen angesehen. Zahlt daher einer von ihnen ohne Rechtsstreit aus freien Stücken die ganze Schuld oder doch mehr, als bei einer Theilung nach den Grundsätzen der epistula Hadriani auf ihn entfallen würde, so kann er das über seinen event. Kopftheil Geleistete nicht zurückfordern, da er seine eigene Schuld erfüllt hat. § 4 Inst. de fidei. 3, 20 L. 49 § 1 Dig. de fid. 46, 1.

Aus dem gleichen Grunde darf der Bürge, welcher ohne jeden Vorbehalt einen Theil der gesammten Bürgenschuld gezahlt hat, auch nachher noch vom Gläubiger auf Leistung des Restes belangt werden. In einem solchen Falle kann er

[1]) § 4 Inst. de fideiuss. 3, 20 L. 26 Dig. de fideiuss. 46, 1. — [2]) v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 406 u. ff. behauptet sogar, „die epistula Hadriani sei aus der lex Furia hervorgegangen, in dieser sei der Grund zu jener zu finden“.

zwar hinsichtlich des ausgeklagten Betrages das auxilium divisionis in Anspruch nehmen, jedoch gestatten die strengen Regeln der epistula Hadriani nicht, das bereits Geleistete hierbei in Anrechnung zu bringen. Bei der Theilung soll eben die ganze noch ausstehende Forderung und alle hierfür haftenden Bürgen in Betracht gezogen werden. Wenn daher Papinian dennoch anerkennt, dass die vorher vom ausgeklagten Bürgen gemachte Abzahlung bei der Klagentheilung berücksichtigt werden solle, so konnte dieses nur vermittels einer exceptio doli generalis geschehen, welche dem Beklagten, was sehr bezeichnend ist, „humanitatis gratia" gewährt wird:

> L. 51 § 1 Dig. de fidei. 46, 1: Fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit, quo minus residui divisione facta portionis iudicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos qui solvendo sunt dividi convenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.

Der leitende Gedanke ist darin zu suchen, dass der Bürge seine Verpflichtung, wie sie durch die epistula Hadriani normirt wird, thatsächlich bereits früher erfüllt hat.

II.

Unter den drei Thatsachen, deren Nachweis die Voraussetzung der Klagentheilung bildete, verursachte, wie wir gesehen haben, die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen bei weitem die grössten Schwierigkeiten. Diesem Umstande haben auch die Quellen Rechnung getragen, indem sie dem ausgeklagten fideiussor oder mandator für den Fall, dass die Anwendung des auxilium divisionis an dieser Frage in iure scheitern sollte, verschiedene Auswege einräumen.

1. Sollte es dem Beklagten nicht gelingen, die Solvenz seiner Mitbürgen vor dem Prätor gehörig zu bescheinigen, so kann er unter der Voraussetzung, dass dieselben anwesend sind, für ihre Zahlungsfähigkeit die Garantie übernehmen und alsdann die Theilung der Klage fordern.

> L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1 Ulpianus: Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo

electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint:

Auch mit dieser Stelle hat man wiederum die leidige Frage der Klagenconsumtion in Zusammenhang gebracht. Die Cautionsleistung des ausgeklagten Bürgen habe keinen anderen Zweck verfolgt als den, die Wirkungen der Klagenconsumtion zu vereiteln. Wie wir gesehen haben, kann eine solche Function dieser Garantie unmöglich beigelegt werden, weil nach einer Theilung der actio in iure eine Consumtion der nicht in iudicium deducirten Ansprüche überhaupt nicht eintreten konnte. Schon Windscheid hat davor gewarnt, den einzigen[1]) Zweck dieser Stelle in der Sicherung vor der Klagenconsumtion zu suchen, „jedenfalls haben die Compilatoren, indem sie die L. 10 pr. Dig. cit. trotz der L. 28 Cod. de fidei. 8, 40 aufgenommen haben, ihr eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben".

Für uns unterliegt es keinem Zweifel, dass Ulpian lediglich dem ausgeklagten Bürgen eine Erleichterung wollte zu Theil werden lassen. Er giebt ihm die Möglichkeit, falls es ihm nicht gelingen sollte, den Prätor in iure von der Zahlungsfähigkeit seiner Mitbürgen zu überzeugen, sich trotzdem wenigstens vorläufig die Vortheile des auxilium divisionis zu sichern. Deshalb ist es nothwendig, dass die übrigen Erfordernisse der Klagentheilung vorliegen, dass also vor allem die Mitbürgen anwesend sind[2]). Für die einstweilen noch fragliche Solvenz der letzteren bot dann die satisdatio dem Gläubiger genügende Sicherheit.

2. Neben diesem Anspruch auf vorläufige Klagentheilung kann der ausgeklagte Bürge, falls es ihm nicht gelingen sollte, den Prätor zur Theilung der actio zu bewegen, sich eine ex-

---

[1]) Die Frage, welchen andern Zweck die in L. 10 pr. cit. enthaltene Bestimmung noch verfolgen könnte, lässt Windscheid freilich offen. Pandekten Bd. II § 479 Note 4. — [2]) „Si omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint." Windscheid a. a. O. S. 808 legt die Betonung darauf, dass der in Anspruch Genommene Vorausklage gegen seine Mitbürgen verlange. Das ist gewiss auch richtig, indessen scheint die Bedeutung der Stelle gerade in der Klagentheilung zu liegen.



ceptio ausbitten mit dem Wortlaute „si non et illi solvendo sint". Diese Einrede bildet keineswegs, wie man meist annimmt, das alleinige Mittel zur Geltendmachung des auxilium divisionis, vielmehr kommt sie ausnahmsweise neben dem regelmässigen Theilungsverfahren vor dem Prätor in iure zur Anwendung. Das kann angesichts ihrer ganz vereinzelten Erwähnung in den Quellen und der Darstellung des Paulus gar nicht bezweifelt werden:

> L. 28 Dig. de fidei. 46, 1: Si contendat fideiussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi solvendo sint".

Falls wirklich das auxilium divisionis laut Vorschrift der epistula Hadriani auf einer exceptio beruhte, welchen Sinn hätte da wohl die aphoristische Erwähnung der Einrede ohne jegliche weitere Erläuterung fast hundert Jahre nach ihrer angeblichen Einführung? Und welche Bedeutung käme alsdann vollends dem „etiam" zu? Weist dieses Wort nicht gerade mit aller Bestimmtheit darauf hin, dass ausser der exceptio und zwar in erster Linie ein anderes Verfahren in Frage kam, neben welchem unter Umständen auch eine Einrede gewährt werden konnte?

Bei dieser exceptio epistulae divi Hadriani wäre dann in der That die Wirkung der Klagenconsumtion mit weit mehr Recht in Erwägung zu ziehen als beim gewöhnlichen Verfahren. Sehr einfach erledigte sich diese Frage bei der Mandatsbürgschaft. Hier ist eine Consumtion von vornherein ausgeschlossen, da jeder Mandator aus einer selbständigen Obligation haftet, welche bis zur völligen Tilgung des ganzen Bürgschaftsanspruches ununterbrochen in Kraft bleibt. Grössere Schwierigkeiten begegnen uns bei der fideiussio während der Herrschaft des classischen Rechts.

Keller[1]) und mit ihm die herrschende Meinung hat sich dahin ausgesprochen, dass der Klagenconsumtion freier Lauf zu geben sei. „Die Vorschützung dieser exceptio," sagt er, „hat, wenn der Kläger es darauf ankommen liess und sie vom iudex begründet erfunden wurde, gänzliche Abweisung desselben zur Folge gehabt. Gaius IV, 123." Hiernach scheint

---

[1]) Litiscontestation S. 569 Note 15.

Keller anzunehmen, dass dem Kläger, wenn sich die Einredethatsache als wahr erwies, nicht einmal derjenige Betrag zugesprochen wurde, welcher auf den Kopftheil des belangten Bürgen entfiel. Diese Consequenz, welche aus den allgemeinen Processgrundsätzen hergeleitet wird, ist aber ganz exorbitant hart und müsste dahin führen, die Regeln der epistula Hadriani für diesen Fall ganz umzustossen. Wir dürfen nicht ausser Acht lassen, dass die erwähnte exceptio sich doch genau ebenso auf das kaiserliche Gesetz stützte, wie das regelmässige Theilungsverfahren vor dem Prätor in iure. In erster Linie wird also darauf gesehen werden müssen, dass alle hier in Frage kommenden Wirkungen im Einklang stehen mit den Vorschriften der epistula.

Nach dem Wortlaut der exceptio hatte der iudex zu untersuchen, ob auch „illi", d. h. die Mitbürgen, zahlungsfähig seien. Diese an ihn gestellte Anforderung setzt natürlich voraus, dass ihm in der formula die einzelnen in Frage kommenden confideiussores genannt werden, und zwar mit Namenserwähnung, da ja sehr wohl der Fall eintreten konnte, dass sich nur ein Theil der confideiussores als solvent erwies und die Prüfung dieses Umstandes doch bei jedem einzelnen gesondert vorgenommen werden musste. Daraus ergab sich weiter, dass der Prätor, selbst wenn die Bürgschaft auf ein certum gerichtet war, unmöglich in der formula vorausbestimmen konnte, was in die condemnatio zu setzen sein werde. Letztere war mithin unter allen Umständen eine incerta. Weiter schliesst sich hieran die Frage, ob nicht durch diese Gestaltung der condemnatio auch die intentio beeinflusst wurde? Es ist eine Eigenthümlichkeit der formula incerta, dass in dem Satze: „quidquid ob eam rem dare facere oportet" condemnatio und intentio ineinander fliessen, da hiermit sowohl die Rechtsbehauptung, als auch die Rechtsfolge ausgesprochen wird. Da nun im Falle der Vorschützung einer exceptio divisionis es dem Kläger von vornherein ebenso unbekannt ist wie dem Prätor, ob überhaupt und in welcher Weise eine Theilung des Anspruches stattfinden werde, so ist m. E. die Vorstellung durchaus natürlich, dass er unter allen Umständen ein incertum intendirte, dessen Umfang dann der iudex nach Prüfung aller einschlägigen Thatsachen in seiner condemnatio fest-

stellte. Die formula musste demnach ohne Rücksicht darauf, ob die Bürgschaft selbst auf ein certum oder incertum gerichtet war, sich folgendermassen gliedern:

> E. R. A.: quod Numerius Negidius cum Seio et Maevio XXX M. S. (sive incertum) pro Titio apud Aulum Agerium fide sua esse iussit, si non et illi solvendo sint, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, condemna s. n. p. a.

Nach dem Wortlaute dieser formula bezog sich das desiderium des Klägers jedenfalls auf ein incertum, ein solches wurde auch in iudicium deducirt. Auch hier hatte sich der Gläubiger unter die Vorschrift der epistula zu beugen und von vornherein nur dasjenige zu intendiren, was sich in iudicio als Antheil des ausgeklagten Bürgen herausstellen werde. Dafür war er dann vor den Folgen der Klagenconsumtion geschützt und konnte die auf den zahlungsfähigen confideiussor entfallende Quote von diesen nachfordern. Nur musste er hier das Ende des Processes abwarten, während es ihm beim gewöhnlichen Verfahren freistand, bei einer auf certa pecunia gerichteten Bürgschaft die solventen confideiussores sogleich nach Abschluss des Verfahrens in iure und nach Theilung der Klage in Anspruch zu nehmen.

So kommen wir hier zum Schluss, dass die exceptio divisionis in ihren Wirkungen keine Abweichung von dem gewöhnlichen Theilungsverfahren in iure bedeutete, vielmehr lediglich dem ausgeklagten Bürgen eine Vergünstigung gewährte, indem er hierdurch die Möglichkeit gewann, einen in iure misslungenen oder nicht erbrachten Beweis in iudicio noch einmal zu versuchen.

Nach der von Keller vertretenen Auffassung konnte es auf Grund jener exceptio zu einer Theilung des Anspruches überhaupt niemals kommen. Unterlag der Beklagte mit seiner Einrede, so musste er unbestreitbar und in Uebereinstimmung mit den Regeln der epistula Hadriani alles zahlen, gelang ihm dagegen der Beweis, so verlor der Kläger seinen Anspruch und von einer Theilung war wegen eingetretener Klagenconsumtion keine Rede. Es ist hiernach überhaupt unerfindlich, weshalb dem Beklagten auferlegt wurde, die Solvenz seiner

Mitbürgen zu beweisen, da doch diese Thatsache nachher keinenfalls mehr ausgebeutet werden konnte und somit völlig bedeutungslos war. Die Solvenz der Mitbürgen stellt sich nach Keller als ein ausserhalb liegender Umstand dar, von dem in aleatorischer Weise die Entscheidung des Rechtsstreites zu Gunsten des Klägers oder Beklagten abhängig gemacht wurde. Angesichts dieser Auffassung ist doch wohl die Frage durchaus angemessen, wie die Würfel fielen, wenn sich ein Theil der vom Beklagten genannten Confideiussoren als zahlungsfähig erwies? Mit dieser Möglichkeit scheint man gar nicht gerechnet zu haben.

3. Schliesslich wäre hier noch eine Vergünstigung jedes einzelnen von mehreren Mitbürgen zu erwähnen, die zwar nicht unmittelbar aus der epistula Hadriani entsprang, wohl aber im Zusammenhang mit ihren Vorschriften stand. Zahlt nämlich der Bürge vor der litiscontestatio, ohne einen Anspruch auf das auxilium divisionis zu erheben, die ganze Bürgenschuld, so ist der Gläubiger verpflichtet, ihm die Theilklagen gegen die Mitbürgen abzutreten und zwar unter Zugrundelegung eines Forderungskaufes:

> L. 17 Dig. de fidei. 46, 1 Iulianus: Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina; cf. damit auch L. 39 Dig. eod.

Durch diesen Act tritt dann der in Anspruch genommene Bürge seinen Confideiussoren gegenüber in die Stellung des Gläubigers ein. Auf ihn gehen daher nach den allgemeinen Regeln der Cession auch alle accessorischen Rechte der Forderungen über. L. 59 Dig. de fidei. 46, 1 und L. 11 Cod de fidei. 8, 40.

Es ist undenkbar, dass diese Bestimmung anders als im Hinblick auf das auxilium divisionis getroffen wurde[1]). Von den „nomina ceterorum fideiussorum“ vor Erlass der epistula Hadriani zu reden, wäre ganz unzulässig gewesen, weil dem früheren Rechte die Haftung mehrere Confideiussoren als eine unzerlegbare Gesammtverpflichtung erschien. Da dem be-

[1]) Mit dem späteren benef. ced. act. hat die cit. lex nichts gemein, sie enthält durchaus keinen Hinweis auf jenes, wie heute irrthümlich sehr oft gelehrt wird.



langten Bürgen nur die „nomina ceterorum“, nicht aber die auf ihn selbst entfallende Theilforderung verkauft waren, so erledigt sich damit auch die Frage, was der Bürge, welcher das Ganze gezahlt hatte, von seinen Mitbürgen beitreiben konnte. Es ist selbstverständlich, dass er nur für die von ihm gekauften Forderungen Zahlung verlangen durfte.

Der ausgeklagte Bürge verliert jeden Anspruch auf das auxilium divisionis, wenn er die übernommene Bürgenpflicht dolose ableugnet und dadurch den Process chikanös in die Länge zieht. L. 10 § 1 Dig. de fidei. et mand. 46, 1.

III.

Die Anwendung der Rechtswohlthat der Klagentheilung ist im heutigen Recht eine beschränkte. Die meisten Gesetzgebungen haben sich gegen die Aufnahme dieser Vergünstigung ausgesprochen [1]). Die Gründe hierfür lassen sich, sofern sie nicht schon in den Motiven der fraglichen Gesetze angegeben sind, unschwer erkennen. Man fand, dass die Klagentheilung eine ungebürliche Benachtheiligung des Gläubigers, eine ungerechtfertigte Verzögerung seiner Befriedigung mit sich bringe. Und in der That lässt sich nicht leugnen, dass die Prüfung der Zahlungsfähigkeit jedes einzelnen Bürgen heute auf geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten stösst. Diesem Zwecke entsprach besonders gut das Verfahren in iure des römischen Processes, wo ein einflussreicher und verantwortungsfreier Beamter nach seinem schrankenlosen Ermessen verfuhr. Heute sind wir mit dem auxilium divisionis ganz auf den Einredeweg verwiesen, der in classischer Zeit nur ausnahmsweise eingeschlagen wurde. Da hiernach wegen der Schwierigkeit jenes Beweises die Einrede wohl nur in den allerseltensten Fällen zu einem Ziele führen dürfte, so fragt es sich, ob angesichts ihres problematischen Nutzens dem Gläubiger all jene Verzögerungen und Weiterungen aufzuerlegen sind, die das heutige Einredeverfahren im Gegensatz zur schnellen und

---

[1]) Allg. Landrecht §§ 373. 374. 378. Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 1359. Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 1458. Allg. deutsches Handelsges.-Buch Art. 281. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Bayern Art. 873. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich Art. 673.

exacten Klagentheilung durch den Prätor in iure mit sich bringt. Es hat also die mit dem auxilium divisionis verbundene Nothwendigkeit, die Solvenz der Mitbürgen in Erweis zu stellen, dahin geführt, das ganze Institut zu discreditiren. Schon Justinian verhielt sich, wie wir gesehen haben, diesem Requisite gegenüber skeptisch. — Allein, wenn wir heute auch nicht mehr wie früher regelmässig den Prätor anrufen können, damit er die Theilung vornehme und den ausserordentlichen Weg der alten exceptio nicht mehr einschlagen mögen, so gestatten uns die Quellen immerhin noch eine Anwendung des auxilium divisionis, bei welcher zugleich die gerügten Nachtheile vermieden werden. — Es ist dieses der bereits vorhin besprochene, von Ulpian in L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1 erwähnte Modus. Darnach empfiehlt sich folgendes Verfahren: Der ausgeklagte Bürge hat, wenn er die Rechtswohlthat der Klagentheilung für sich in Anspruch nehmen will, zunächst den Beweis zu erbringen, dass er Mitbürgen habe und dass sie im Sinne des heutigen Processrechtes anwesend seien. Die Feststellung dieser Thatsachen ist mit keinerlei Schwierigkeiten verbunden und kann eine unangemessene Verzögerung niemals herbeiführen. Ist jener Beweis gelungen, so hat der Beklagte dann die Solvenz seiner Mitbürgen nicht mehr darzuthun, vielmehr wird die Theilung des Anspruches sofort vorgenommen, wofern der Beklagte für die auf seine Mitbürgen entfallenden Quoten eine entsprechende Caution hinterlegt. Bei diesem Verfahren sind die berechtigten Ansprüche des Gläubigers ausreichend berücksichtigt und ihm eine allendliche Befriedigung ohne erhebliche Verzögerung gesichert. Andererseits wird auch der ausgeklagte Bürge es regelmässig vorziehen, durch Cautionsbestellung den ganzen Anspruch des Klägers vorläufig von sich abzuwenden und letzterem die Processführung mit den Mitbürgen zu überlassen, anstatt diese Last sich aufzubürden und nach definitiver Befriedigung des Gläubigers gegen die einzelnen Mitbürgen mit der actio cessa zu verfahren.

Während also die meisten heutigen Gesetzgebungen darin viel zu weit gehen, dass sie die Klagentheilung in keiner Gestalt mehr zulassen und damit fraglos die Billigkeit verletzen, die wir heute mit Vorliebe im Bürgenverhältniss walten lassen,

ist man in einigen Rechtsgebieten in den Fehler verfallen, die altrömische exceptio divisionis schlechtweg zu recipiren[1]). Hierdurch ist ein fürs praktische Leben abgestorbenes Institut wieder künstlich galvanisirt worden, welches in jener Fassung nicht nur ganz unzeitgemäss ist, sondern auch nach classischem römischem Recht nur ausnahmsweise neben einem anderen Verfahren zur Anwendung gelangte, dessen grosse Vorzüge wir leider nicht mehr verwerthen können.

Die offensichtlichen Nachtheile dieser exceptio haben dazu geführt, dass man sich heute durch Verträge regelmässig im Voraus ihren Wirkungen zu entziehen sucht.

Aus diesem Grunde glaube ich, dass jenes von mir empfohlene Verfahren die richtigen Schranken festsetzt, innerhalb deren eine Reception des auxilium divisionis im heutigen Rechtsleben nicht nur möglich, sondern sogar wünschenswerth ist, zumal hiermit die Einseitigkeiten, welche in der modernen Gesetzgebung zu Tage treten, vermieden werden.

---

[1]) Code civil Art. 2026. Badisches Landrecht Art. 2026. Liv. Est. und Kurländisches Privatrecht Art. 3350 und 4524 u. ff.

Miscellen.

Was Ludwig Zdekauer in seinem *discorso su l'origine del manoscritto pisano delle pandette giustinianee e la sua fortuna nel medio evo* (Siena 1890 pp. 38) an thatsächlich Neuem über die Florentiner Pandektenhandschrift beibringt, besteht in dem Bericht über die Reste zweier auf der Vorderseite des Schlussblattes einst befindlichen später getilgten Subscriptionen. Von der ersten, die er dem Schreiber des Codex selbst beilegt, hat er nichts wahrnehmen können, als dass sie lateinisch war und am Schluss der vierten Zeile ein unciales ω übrig geblieben ist. Die zweite soll herrühren von einer Hand des neunten oder spätestens des zehnten Jahrhunderts, und zwar *di notaro del territorio langobardo-tosco.* Zdekauer liest *i[ste est] lib[er]* und nach einer Lücke von etwa 12 Buchstaben, von denen der vierte und der zehnte einen langen Schaft zeigen, das Wort *quidem*; das folgende ist abgeschnitten. — Von diesen Angaben, deren Richtigkeit vorausgesetzt, trägt die erste für die Geschichte der Handschrift nichts aus; so gut wie der Schreiber unter die Constitution *deo auctore* sein *lege feliciter* setzte, kann er am Schluss einen anderen lateinischen Vermerk angebracht haben. Aus der zweiten würde sich ergeben, dass die Handschrift im neunten Jahrhundert sich in Nord- oder Mittelitalien befunden hat, was sehr wohl der Fall gewesen sein kann, aber über den Ursprung der Handschrift nicht entscheidet. Was ich über diesen in der Vorrede meiner grösseren Ausgabe p. XXXVIII bemerkt habe, bleibt in vollem Umfang bestehen. Einen griechischen Schreiber fordert die Unterschrift unter dem 11. Buch: *εὐτυχῶς τῷ γράψαντι τοῦτο τὸ βιβλίον feliciter*; wenn der Abschreiber eines in der Hauptsache lateinischen Werkes sich bei seinen Vermerken theils des Lateinischen, theils des Griechischen bedient, so erklärt sich jenes aus der Beschaffenheit der ihm gestellten Aufgabe, dieses aber gestattet einen Schluss auf seine Persönlichkeit. Dasselbe folgt aus zahlreichen kleinen Schreiberversehen, zum Beispiel, wie dies a. a. O. nachgewiesen ist, aus dem zweiundzwanzigmal für u gesetzten ou. Alles dies wird von Zdekauer nicht bestritten, sondern verschwiegen, während er wegen meiner Bemerkung, dass der Ort, an dem die Abschrift genommen sei, sich nicht weiter

bestimmen lasse, mir *noncuranza* vorwirft. Diesen Vorwurf wird man gegen ihn allerdings nicht erheben können; aber eine Frage, die nicht gelöst werden kann, scheinhaft und falsch zu lösen ist ein sehr zweifelhaftes Verdienst. Die sogenannten Beweise, die für Entstehung der Handschrift in Ravenna beigebracht werden, sind so windig und nichtig, dass es nicht der Mühe lohnt, auf dieselben im einzelnen einzugehen. Sollte dieses Urtheil bestritten werden, so wird der Beweis nachgeliefert.

Th. Mommsen.

Nachtrag.

Auf meine Anfrage wegen der Rasur auf dem letzten Blatte der Florentina antwortet Dr. Ihm in Florenz:

„Die Pandektenhandschrift hat allerdings eine getilgte Subscriptio, die Angaben Zdekauers sind im ganzen richtig. Sie mag im 9. oder 10. saec. geschrieben sein. Ich konnte folgendes erkennen:



vielleicht
bes

Der erste Buchstabe schien mir h sein zu können; hic est z. B. würde mit den Raumverhältnissen passen. Darunter nicht lesbare Spuren einer zweiten Zeile, der Rest des Blattes abgeschnitten."

Th. Mommsen.

[**Pamphylische Inschriften.**] Durch die von dem Grafen Lanckoronski bewirkten Explorationsreisen sind in der schönen Publication von Neumann und Petersen (Städte Pamphyliens und Pisidiens. Bd. 1. Wien 1890, S. 175 f.) einige Inschriften der kleinen Ortschaft Sillyon, im pamphylischen Binnenland zwischen Adalia und Side gelegen, zum Vorschein gekommen, von welchen die römische Rechtsforschung Kenntniss zu nehmen hat. Vier auf dieselbe reiche Dame, Menodora des Megakles Tochter, bezügliche Ehrenbasen, ohne nähere Zeitkriterien, aber sicher aus guter Kaiserzeit, ergeben eine eigenthümliche Gliederung der Einwohnerschaft dieses Städtchens. Die gute Bürgerschaft wird hier in drei Kategorien getheilt, in Mitglieder des Raths (*βουλευταί*), Mitglieder der Gerusia (*γεραιοί* statt des üblichen *γερουσιασταί*, wie C. I. Gr. 3916) und Mitglieder der Bürgerversammlung (*ἐκκλησιασταί*), welche drei Kategorien im Range nicht gleich, aber sich sehr nahe stehen: bei den öffentlichen Vertheilungen erhalten sie einmal 88 — 84 — 78, ein anderes Mal 83 — 80 — 78, ein drittes Mal 20 — 18 — 18 Denare. Die zweite Kategorie bilden die Gemeindebürger schlechtweg (*πολῖται*); sie empfangen bei der zweiten der bezeichneten Ver-

theilungen 9, bei der dritten 2 Denare, also ungefähr den zehnten Theil der der besseren Classe zugewandten Spende. Die dritte Kategorie endlich bilden die meistens wieder in zwei Kategorien, *οὐινδικτάριοι* und *ἀπελεύθεροι*, geschiedenen Freigelassenen und die *incolae* (*πάροικοι*), welche drei Abtheilungen bei den Spenden gleich behandelt werden: sie empfangen bei der ersten jener drei Spenden 4, bei der zweiten 3, bei der dritten 1 Denar; also ungefähr die Hälfte dessen, was dem gemeinen Bürger gegeben wird. — Gleichartige Kategorien kann ich sonst nicht nachweisen, aber sie haben sicher nicht bloss in jener kleinen Landstadt bestanden und es ist wohl möglich, dass davon noch weitere Spuren irgendwo sich verbergen. Der Gegensatz der Bule und der Gerusia in der kleinasiatischen Städteordnung und die geringe Rangverschiedenheit zwischen beiden städtischen Vertretungen sind anderweitig bekannt; aber neu ist die dritte beiden nahestehende Classe, die gleichfalls auf die angeseheneren Bürger beschränkte Ekklesia. Wenn in der Kaiserzeit die allgemeinen Comitien der Republik auch im Municipalwesen beseitigt worden sind, so ist bisher immer angenommen worden, dass dem Ordo die letzte Entscheidung beigelegt und den Comitien bei den Gemeindebeschlüssen höchstens eine formelle Mitwirkung geblieben ist; hier erkennen wir, dass noch ein anderer Weg daneben zu demselben Ziel geführt hat. — Auch der Gegensatz des 'Bürgers' und des Freigelassenen ist bemerkenswerth, obwohl begreiflich infolge der bekannten Thatsache, dass den letzteren schon in der späteren Republik das Stimmrecht und also das volle Bürgerrecht gemangelt hat. Der völlig neue Gegensatz[1]) zwischen dem *vindictarius* und dem Freigelassenen schlechtweg dürfte zu verstehen sein von dem nach römischem Recht Freigelassenen und dem Freigelassenen peregrinischen Rechts. In dieser Peregrinenstadt müssen die letzteren überwogen haben; aber da auch in ihr wie überall einzelne Familien römisches Bürgerrecht gehabt haben werden, so werden Freigelassene römischen Rechts daselbst auch vorgekommen sein.

Th. Mommsen.

[Römisches Recht in Thüringen um 1800.] Als Band XXIII[a] der „Geschichtsquellen der Provinz Sachsen" erschien Ende 1889 vom Stadtarchivar Dr. Carl Beyer in Erfurt bearbeitet der 1. Theil eines „Erfurter Urkundenbuches", dessen einzelne Stücke bis auf das Jahr 1320 herabgehen. In meiner früheren Eigenschaft als Schriftführer der Historischen Commission der Provinz Sachsen hatte ich Veranlassung, den Herrn Herausgeber darauf aufmerksam zu machen, dass in einzelnen Ur-

---

[1]) Der Herausgeber vergleicht die Glosse bei Suidas: *οὐίνδικτος ὁ κατὰ οὐίνδικτον ἐλευθερούμενος*. Aber darin steckt wohl der livianische Vindicius.

kunden auffällig frühzeitige Beziehungen auf römisch-rechtliche Verhältnisse auftauchten; dieser Anregung ist nunmehr auch durch eine Bemerkung auf S. XIV der Vorrede, sowie im Wortregister durch Aufführung der Stichworte „constitutio divi Atriani“ und „lex Vellegiana“ Ausdruck gegeben worden, doch dürfte es sich immerhin empfehlen, die so gekennzeichneten Urkunden mit einigen anderen, die in weniger hervorstechender Weise auf die Geltung und Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze im damaligen Geschäftsleben hinweisen, hier insbesondere zusammenzustellen.

Die in Betracht kommenden Stücke sind einmal Nr. 461 vom 20. September 1297, wo bei einer Güterübereignung eine mit ihrem Manne urkundende Frau Irmgart von Vargula zuerst für sich auf das Beneficium des „Velliani senatusconsulto“ (!) und „iuris ypothecarum“ verzichtet, sodann aber mit dem Gemahle und anderen Verwandten desselben erklärt: renunciamus salva priori renunciatione ipsius Irmegardis in primis beneficio constitutionis epistole divi Atriani, item beneficio conditionis sine causa, actioni in factum, exceptioni doli mali, beneficio conditionis incerti, beneficio cuiuslibet fori, beneficio quanto minoris, beneficio restitutionis in integrum, exceptionibus, consuetudinibus, appellationibus et generaliter et specialiter omni beneficio et auxilio legis et canonis, iuris et facti, per quem seu per quod presens contractus in toto vel in parte posset viciari vel aliqualiter retractari. Sodann verpflichtet sich in Nr. 532 am 10. März 1307 der Burggraf Otto von Kirchberg nebst seinen Söhnen nach Beendigung eines Streites mit Erfurt, von allen Ausreden, durch die der eben geschlossene Vergleich wieder vernichtet werden könne, absehen zu wollen, in Sonderheit vom „beneficio restitutionis in integrum, actioni in factum, doli mali, conditioni indebiti, conditioni ob causam et conditioni ob turpem causam, et generaliter omnibus iuribus et iuris beneficio, quibus — premissa — infirmari, retardari, vitiari possent in posterum vel rescindi.“ Die ausdrückliche Erwähnung des Senatusconsultum Velleianum findet sich hierauf am 15. Mai 1308 in Nr. 544, wo eine Frau Irmentrud von Kleeberg als Vormünderin ihres Neffen mit den Worten urkundet: super hac mea obligatione abrenuncio beneficio legis Vallegiane, qua cavetur mulierem non posse pro aliquo intercedere et omni alii iuris beneficio canonici vel civilis, quo — obligatio posset rescindi seu — infirmari“. — Kürzer, aber ebenso schlagend heisst es alsdann in Nr. 554 vom 1. December 1309 bei Gelegenheit der lehnsherrlichen Bestätigung der Schenkung eines Lehngutes seitens eines Erfurter Bürgers an das Peterskloster: „tradimus per presentes, renunciantes omni exceptioni omnique iuris beneficio tam canonici quam civilis, per que praedicta donacio — possit inpediri aliquatenus vel rescindi“. Ebenso bekennt am 22. Juni 1312 (Nr. 568) Gertrud, die Gemahlin des Ritters Ulrich von Kobstedt, bei dem Verzichte auf ihre Rechte auf einen an zwei Geistliche verkauften Hof: iuravi ad sancta sanctorum me nuncquam velle — implorare beneficium legis Valleyane, que in favorem mulierum est inducta“. Ferner liegt in Nr. 576 vom 28. Juni 1314 ein Zeugniss des

Dechanten des Erfurter Marienstiftes über den Verkauf verschiedener Zinsen, die eine Reihe Erfurter Bürger vom Mainzer Erzbischofe innehatten, vor, wobei letztere sich der „exceptioni sibi non dati, non soluti et non numerati precii, exceptioni doli mali, actioni in factum et universaliter omni exceptioni legis vel canonis, et specialiter legi, qua cavetur renunciationem generalem esse invalidam, per quam dicti contractus possent — vitiari seu rescindi" entschlagen. Aehnlich wird in Nr. 578 vom März oder April 1315 durch den Erfurter Stadtrath bekundet, dass der Ritter Heinrich von Monra mit Frau und Kindern einem dem geistlichen Stande angehörigen Sohne das Verfügungsrecht über sein Erbe eingeräumt hätten, indem sie „renunciaverunt — restitutioni in integrum, appellationibus, supplicationibus, privilegio dotis, actioni facti et in factum, exceptioni doli mali et iuri dicenti: generalem renunciationem non valere, et generaliter omni auxilio legis et canonis, iuris et facti, per que premissa — possent impediri — vel rescindi". Zuletzt wird in Nr. 583 vom 3. September 1315 bei der Uebereignung einiger Grundstücke seitens der Grafen von Schwarzburg an die Kirche eines bei Erfurt gelegenen Dorfes die Clausel eingeflochten: renunciamus — omni privilegio, rescripto, statuto, consuetudinibus, exceptionibus, appellationibus, ac omni beneficio legis sive canonis, per quod — donacio — infirmari, viciari, retardari posset — vel rescindi.

Es liegt auf der Hand, dass die Entwürfe zu diesen Urkunden nur aus einer Feder geflossen sein können, wenn Aussteller und Empfänger auch noch so verschiedenen Kreisen angehörten; vielleicht wird man nicht irre gehen, wenn man den Verfasser unter der Erfurter Geistlichkeit sucht, und nach dieser Richtung möchte nicht zu übersehen sein, dass gerade in der Zeit von 1296 bis 1309 drei Mal — in Nr. 445, 454 und 551 — ein Günther von Kerspleben als Notar der Erfurter Dompropstei oder des damaligen Propstes Lambert aus dem Geschlechte der Grafen von Gleichen vorkommt. So interessant es alsdann auch wäre, in ihm den Mann zu erblicken, der zuerst römisch-rechtlichen Anschauungen in thüringischen Urkunden Eingang verschafft hatte, so kann freilich die Art und Weise, wie er sich in den neuen Formen bewegt, uns keine allzu grosse Achtung vor seinen Kenntnissen in denselben abnöthigen.

Kiel. W. Schum.

In den folgenden kirchenpolitischen Schriften und Canonensammlungen des 11. und 12. Jahrhunderts findet sich römisches Recht.

1) In dem Liber contra eos qui dicunt regali potestati Christi ecclesiam subiacere des Anselm von Lucca (ed. MG. SS. XII, 5). Es ist hier (a. a. O. XII, 8) unter der Rubrik Ex Romanis legibus die auch bei Deusdedit Libell. contra invas. et simon. et reliqu. schismat. aufgenommene Partie einer Decretale Johannes VIII mit Texten des Codex

Theodosianus aufgenommen (vgl. Gesch. d. Quell. u. Lit. d. röm. R. i. früh. Mittelalt. I, 93 Not. 1). Diese Zusammenstellung findet sich auch sonst, z. B. in der Schrift Anselms Contra Wibertum (ed. Canisius Thes. Monum. Eccl. [ed. Basnage] III, 372 sqq.), in dem Liber de aedif. Dei des Gerhoh von Reichersperg (ed. Pez [Thes. II, 2 p. 409]).

2) In der zwischen 1085 und 1086 verfassten Schrift Ad amicum des Bischofs Bonitho (ed. Jaffé, Bibl. Rer. German. II, 603 sqq.). Hier finden sich im zweiten Buche (a. a. O. II, 612. 613) Codextexte (1, 3, 10; 1, 1, 8).

3) In dem Decret genannten Werke desselben Verfassers, das bisher nur bruchstückweise gedruckt ist (ed. [A. Mai] Patrum Nov. Bibl. VII, 3 p. 1 sqq.). Ausser der bekannten und mehrfach gedruckten Notitia de diversis iudicum generibus (vgl. z. B. MG. LL. IV, 663) finden sich auch sonst Hinweise auf das römische Recht (N. 131. 132. 143. a. a. O. p. 60. 61. 66).

4) In einer im Jahre 1112 im Interesse der Curie in Sachen des Investiturstreits verfassten Streitschrift (ed. Schum, Jahrb. d. Kgl. Akad. gemeinn. Wiss. zu Erfurt. N. F. H. VIII, 257—278). Der Verfasser citirt insbesondere aus den Pandekten und der Epitome Iuliani (ex legibus Iustiniani) (vgl. a. a. O. VIII, 249—252).

5) In dem Liber de honore des Placidus von Nonantula (ed. Pez [Thes. II, 2, 75 sqq.]). Die Abfassung dieser Schrift fällt gleichfalls in die Zeit des Investiturstreits. Die Schrift enthält neben einem Text aus der Const. Sirm. 1 (Cap. CLV) eine grössere Zahl von Capiteln aus der Epitome Iuliani (Capp. CLVII—CLXV [CLXVI?]).

6) Die folgenden Handschriften enthalten Canonensammlungen mit römischem Recht:

a) Cod. R 127 der Nationalbibliothek in Madrid S. XII. XIII; vgl. Wien. Sitz.-Ber. CXIII, 263. 264. Es ist hier erwähnt, dass nach den Aufschriften als Quellen benutzt sind: Liber Pandectarum, Novellarum institutio, Liber codicum, Cap̃ constitutionum.

b) Cod. E 44 der Nationalbibliothek zu Turin: vgl. v. Pflugk-Harttung, Iter Ital. p. 793—797. Die Handschrift enthält eine weitgehende Fälschung im Stile Pseudo-Isidors (vgl. Zeitschr. f. Kirchenr. 19, 361 ff.), an welcher von dem Ende des 12. bis in den Anfang des 13. Jahrhunderts gearbeitet worden ist. Benutzt sind auch Texte aus dem justinianischen Recht (sub N. 20^{b}, 66^{b}, 67).

c) Auch eine vorgratianische Canonensammlung in Cod. 227 S. XII der früheren Bibliothek des Sacro Convento di St. Francesco in Assisi, über welche Ehrle, Arch. f. Lit. u. Kircheng. d. Mittelalt. I, 477, berichtet, dürfte römisches Recht enthalten, nach den Capitelrubriken zu schliessen (Ehrle selbst giebt unter den spärlichen Quellenangaben das römische Recht nicht an).

[Pandekten bei Anselm von Lucca.] Es ist bisher übersehen, dass die Canonensammlung Anselms (X, 30), deren Abfassung noch unter Gregor VII. fällt, im Cod. S. German. 939[2] (nach dem Apograph, Cod. Lips. 3528), ingleichen im Cod. Vatic. 4983, unter der Rubrik Ex legibus einen Pandektentext birgt (23, 2, 2). Die Zugehörigkeit des Textes zur ursprünglichen Sammlung unterliegt freilich, wie die verschiedener anderer Texte römischen Rechts (vgl. Maassen, Wien. Sitz.-Ber. XXXV, 91 Not. 4), ernsten Bedenken. Er fehlt im Cod. Vatic. 1364.

Amsterdam. Max Conrat (Cohn).

[Il MS. Torinese delle Istituzioni.] Per mezzo di una nuova indagine sul MS. Torinese delle Istituzioni (Bibl. Nazionale D. III, 13) mi è stato possibile decifrare sul f. 89[1] una glossa, sconosciuta al Savigny forse perchè il colore dell' inchiostro è quasi svanito, che è di molto interesse storico. Essa proviene da una mano del secolo XI[1]), ed è apposta alla parola dampnum. Inst. III, 24 §º 3 in fine: essa è formulata come segue;

Dampnum ÷ (est) amissio rei nostrae sine compensatione alterius.

È la stessa definizione, che cominciava fino ad oggi a trovarsi nella Expositio libri papiensis (Karol. M. 101, 3), dall' espositore erroneamente attribuita al Digesto, e che poi passava nelle seguenti scritture — Expos. termin. usit. 56. 57 — Lib. de Ver. leg. 62 — Glo. di Colonia alle Ist. nº 43 — Excerpta dal MS. Parig. delle Ist. Bibl. nat. latin. 4421 nº 34 (Flach — Étud. crit. sur l'hist. d. D. R. au Moyen Age p. 139) — Distinzioni di Ugo MS. Parig. 4603 ed. Savigny u. 87 — anche invertita per spiegare la voce lucrum. Si comprende quindi che all' espositore del libro pavese è pervenuta quella definizione dalle scuole romanistiche, giacchè precedentemento la troviamo nella Glossa Torinese. Inoltre trovandosi tale definizione nei MSS. dei testi giustinianei sotto forma di glossa, considero come certa l'ipotesi del Boretius (Praef. ad lib. Pap. LXXXIX M. G. Leges IV) che l'espositore avesse dinanzi agli occhi un MS. glossato del Digesto, e forse con molte glosse, e che quindi potesse confondere il testo colla glossa riferendo al Digesto la definizione del dampnum.

La seconda osservazione, che ho fatta insieme col. Sig. Prof. L. Zdekauer sulla Glossa Torinese, è che vi sono comprese alcune glosse di scrittura del secolo XI, non pubblicate dal Savigny, le quali contengono alcune espressioni caratteristiche della scuola di Pavia. Scelgo gli esempi sequenti;

---

[1]) Si osservi poi che il MS. proviene da un exemplare più antico, anche per ciò che riguarda la Glossa.

f. 62[1] Inst. lib. III, 2 § 37 v. Nos vero legem	Nota Capud [1]).
f. 63[1] Inst. III, 2 § 4 v. fratris filius	set hoc rumpitur.
f. 83[1] Inst. III, 19 § 13 v. Post mortem suam	male est factum. non est caput capituli.

Anche il fatto stesso che la glo. 423 ed. Krüger (Zeitschr. f. RG. VII, 1 p. 76) si riferisce alle formule complevi et absolvi proprie della carta romana, accenna ad origine non romana, anzi longobardistica delle chiosa, se si credeva necessario dare una illustrazione su cosa che ad una scuola romanistica non occorreva. Del resto anche la seguente considerazione convince che il MS. del quale parliamo è passato almeno per due distinte scuole.

Questa considerazione, che io faceva insieme col. Sig. Prof. Zdekauer sopra questo importantissimo MS., è la seguente. Nell' antico MS. delle Istituzioni si osservano due segni differenti per dividere il testo, cioè il segno del paragrafo e il segno del capitolo K. Il segno del paragrafo è inserito nel testo, mentre la lettera K si trova sempre nell' interlinea. Che questa lettera K significhi kapitulum è evidente di per se, e trova conferma nelle parole della riferita glossa

male est factum. non est caput capituli.

Questa glossa nello stesso tempo c' insegna, che sono due cose assolutamente differenti la divisione in paragrafi, e la divisione in capitoli [2]). L'errore dello scrivano al luogo cui si riferisce la glossa si spiega bene col fatto che in questo punto era apposto il paragrafo, che divide ancora il testo. La divisione in capitoli è più recente di quella in paragrafi, la quale è già inserita nel testo, mentre la prima è nell' inter linea. E questa divisione in capitoli era quella cui era informata la scuola donde proviene la detta glossa, la quale corregge secondo un testo diviso in capitoli. Che questa divisione era un prodotto della scuola, si rileva dal fatto, che al K interlineare corrisponde in margine nella riga sottostante il segno di un E, che invita il lettere a fermarsi (explicit?). Quindi si può concludere che la creazione della divisione in paragrafi è opera di una scuola differente da quella che ci da la divisione per capitoli. La prima è evidentemente più antica, e quindi romanistica, mentre l'altra accenna ad una scuola più recente, la quale come abbiamo accennato di sopra ha tutti i contrassegni di una scuola longobardistica.

Una riprova di questo svolgimento storico della duplice divisione si ha nei primi nove fogli del MS. che sono, come è noto, di mano più recente. Difatti la lettera K dall' interlinea è passata nel testo, e coesiste col paragrafo, al quale talvolta corrisponde, tal' altra no. La duplice e distinta origine delle divisioni, e l'essere più recente la divi-

[1]) Glo. n. 252 ed. Krüger. Zeitschr. f. RG. VII p. 67. — [2]) Quanto alla divisione in capitoli delle Istituzioni molti esempi sono stati raccolti dal Sig. Prof. Fitting (Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. RG. IX, 3 p. 374 seg.).

sione per capitoli, sono cose attestate dal fatto, che la const. Imperatoriam maiestatem, e il titolo De iustitia et iure conoscono soltanto la divisione per paragrafi, mentre il primo kapitulum comincia nel titolo secondo colle parole Ius autem civile vel gentium. Anche il segno marginale che nel testo più antico corrispondeva al K interlineare, ha presa una forma più recente che lo avvicina ad un s (ſ). Si noti amera, tornando a parlare del vecchio testo, che frequenti sono i richiami cui non corrisponde alcuna glossa: tal fatto prova che nel MS. archetipo esisteva una glossa più ricca; quindi questa scelta dimostra un lavoro critico, e però l'opera di una scuola.

Ammesso come vero ciò che è stato esposto, la glossa Torinese avrebbe seguita la medesima sorte incontrata dalle Exceptiones Legum Romanorum che passano da Ravenna[1]) a Pavia per essere nuovamento elaborate.

Pistoia. Luigi Chiappelli.

[1]) Si noti che il testo più antico della Glossa Torinese riporta le parole greche sebbene storpiate e malintese, e quindi era più vicino al luogo di origine ove s'intendeva il greco, mentre il testo più recente omette le parole greche.

Litteratur.

A. Schneider. Der Process des C. Rabirius. Zürich, Friedrich Schulthess 1889. 50 S.

Die Auffassung Schneiders über den Gang des Processes geht kurz dahin, dass Rabirius zweimal wegen perduellio angeklagt wurde. In dem ersten Process wurde Rabirius nach seiner Verurtheilung durch die duumviri perduellionis, welche der Prätor auf Senatsbeschluss ernannt hatte, von den Comitien freigesprochen. Hierauf erneuerte der Volkstribun Labienus die Anklage wegen perduellio vor den Centuriatcomitien, in welchen er selbst den Vorsitz führte. Die Verurtheilung vereitelte der Prätor Metellus, indem er die Auflösung der Volksversammlung durch eigenhändiges Niederreissen der Fahne auf dem Janiculum erzwang. Der Referent hat sich von der Richtigkeit dieser Construction nicht überzeugen können. Die That des Metellus kann nach dem Zusammenhang der Diostelle (37, 26—28) nur auf den Process der Duumvirn bezogen werden. Dies beweisen besonders die Worte *ὅτι παρὰ τὰ νενομισμένα ἡ κρίσις ἐγεγόνει,* welche deutlich anspielen auf die früher gemeldete Bestellung der duumviri durch den Prätor: *καίτοι μὴ πρὸς τοῦ δήμου κατὰ τὰ πάτρια, ἀλλὰ πρὸς αὐτοῦ τοῦ στρατηγοῦ οὐκ ἐξὸν αἱρεθέντες.* Welche Gesetzesverletzung Labienus durch seine Anklage begangen haben soll, ist unerfindlich. Nicht minder unverständlich ist es, was Dio bewogen haben sollte, den Anfang des ersten Processes in dieser Weise mit dem Ende des zweiten zu verkoppeln. Wenn den zuletzt angeführten Worten Dios der Sinn beigegelegt wird (S. 9): „Sonst sind unsere Magistrate vom Volk gewählt, diese aber sind es nicht", so scheint uns diese Interpretation sich zu weit vom klaren Wortlaut zu entfernen. Vielmehr bleibt die alte Ansicht, dass die duumviri perduellionis regelmässig durch Volkswahl bestellt wurden, und dass also im Fall des Rabirius ein besonderer Volksbeschluss dem Prätor die Wahl übertragen haben wird, unerschüttert.

Seit Niebuhr war man gewohnt, aus den Worten der Rede pro Rabirio III, 8: nam quid ego ad id longam orationem comparem, quod

est in eadem multae irrogatione perscriptum, hunc nec suae nec alienae pudicitiae pepercisse? zu schliessen, dass Cicero seine Rede in einem Multprocess gehalten. Um diesen zwingenden Schluss zu beseitigen, stellt Schneider (S. 25) folgende Erklärung auf: „Mir scheint, dass Cicero auch hier von einem wirklichen Strafantrag auf Fällung einer Busse nicht spricht, dass vielmehr der Ausdruck bildlich gebraucht ist, etwa wie wir sagen „in einem Athemzuge" oder um im Bilde zu bleiben: auf einem Bussenzeddel." Ich glaube nicht, dass diese Auffassung viele Freunde finden wird. Die Unmöglichkeit, dass die Rede pro Rabirio in einem Multprocess gehalten wurde, will Schneider aus einer Reihe von Stellen (zusammengestellt S. 29) herleiten, wonach die Verurtheilung den Rabirius in die Verbannung getrieben hätte. Denn, wie es weiter heisst (S. 30), bei einer Mult „ist von der Strafe des Exils nirgends die Rede." Dagegen ist zu erinnern, dass das Exil als Strafe kein römischer Rechtsbegriff ist: der Angeklagte geht vielmehr freiwillig in die Verbannung, um den Folgen einer drohenden oder erfolgten Verurtheilung zu entgehen. Vgl. die schöne Darlegung Mommsens im Staatsrecht III S. 48 f. Ausserdem beziehen sich einige der von Schneider angeführten Aeusserungen Ciceros IX, 26—28 nach dem Zusammenhang der Rede offenbar auf den vorangegangenen Perduellionsprocess. Auch als indirecte Folge einer Mult will Schneider die Verbannung nicht gelten lassen: die Mult sei gesetzlich beschränkt gewesen, so dass sie immer den Charakter einer Vermögensstrafe behielt. Demgegenüber wollen wir erinnern, dass Mommsen, Staatsrecht I S. 159, für die spätere Zeit der Republik neben der (provocationsfreien) beschränkten Mult eine unbeschränkte, der Provocation unterworfene annimmt. Endlich will ich noch darauf hinweisen, dass die Leitung der Centuriatcomitien durch einen Volkstribun bei einem Perduellionsprocess äusserst unsicher ist (die Leitung der Comitien wird man aus Livius 43, 16, 16 nicht folgern dürfen). Dagegen führt der Multprocess nothwendig zur Verhandlung vor den Tributcomitien, deren Leitung dem Tribunen natürlich zusteht.

Heidelberg, im October 1889. A. v. Tuhr.

M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer. Leipzig 1887. (Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften Nr. VII.) 4°. 65 SS.

Der Literalcontract, und was damit zusammenhängt, gehört zu den verhängnissvollen Gebieten der römischen Rechtsgeschichte, welche immer wieder neue Untersuchungen veranlassen, weil die Fülle des überlieferten Stoffes stets aufs neue den Gedanken nahe legt, durch

richtige Gruppirung und Beleuchtung müsse Aufklärung erzielbar sein. Und doch werden jene Fragen immer wieder als in wesentlichen Stücken unaufklärbar zur Seite gelegt werden müssen, so lange nicht neues Material entscheidende Aufschlüsse giebt. Diese wenn man will pessimistische Meinung wird durch die Voigtsche Arbeit nicht widerlegt, sondern bestärkt. Die Prüfung des Materials, welches der gelehrte Verfasser mit gewohnter Gründlichkeit zusammengestellt hat, führt m. E. den unbefangenen Betrachter zu der Ueberzeugung, dass die Kellerschen Ausführungen (Sells Jahrb. I 93 ff., Institutionen 102 ff.), obwohl keineswegs über Bedenken erhaben, doch noch immer das Plausibelste sind, was über den Gegenstand geschrieben ist. Die davon abweichenden Resultate der Voigtschen Schrift halte ich für entschieden unrichtig. Es sei hier die persönliche Bemerkung gestattet, dass die Verzögerung dieser Besprechung zum Theil dadurch veranlasst ist, dass Referent die Hoffnung hegte, eine wiederholte Prüfung der Voigtschen Argumente und des bei Voigt nicht gerade übersichtlich zusammengestellten Materials werde ihn eines anderen überführen. Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt; vielmehr hat die erneute Prüfung den vorigen Eindruck verstärkt. Die Nothwendigkeit eines entschiedenen Protestes gegen Voigts Hypothesen ist inzwischen durch den Umstand verstärkt, dass man von angesehener Seite begonnen hat, die Voigtschen Resultate als gesicherten Besitz der Wissenschaft darzustellen (s. Sohm, Institutionen 3. Aufl. § 68, Czyhlarz, Institutionen 1889 § 83). Da nicht jedermann in der Lage und geneigt ist, die Belegstellen, welche der Verfasser Satz für Satz seinem Texte beifügt, auf ihre Beweiskraft zu prüfen, so liegt die Besorgniss nahe, dass jene Meinung weiteren Boden gewinne, während in Wahrheit das beigebrachte Material an den entscheidenden Punkten den ihm zugemutheten Dienst völlig versagt.

* * *

In § 1: „Die argentarii und nummularii und deren Geschäftsbetrieb“, führt der Verfasser aus:

Die beiden „Geschäftsbranchen“ der argentarii und der nummularii bestanden etwa sechs Jahrhunderte hindurch in grundsätzlicher Verschiedenheit neben einander. Die argentarii betrieben privatgeschäftlich, aber unter staatlicher Aufsicht, das Bank- und Auctionsgewerbe. Ihre „Etablirung“ in Rom vollzog sich zu Anfang des 5. Jahrhunderts d. St., indem das griechische Institut der Trapeziten aus Latium, wohin es von Grossgriechenland her Eingang gefunden hatte, unter staatlicher Mitwirkung in Rom eingeführt wurde. Die nummularii wurden mit Einführung der Silberprägung im Jahr 486 d. St. (richtiger wohl 485 gemäss Plinius h. n. 33, 44) als staatliche „Münzwardeine“ eingesetzt und mit Prüfung des Münzmaterials sowie mit Justirung der Münzen betraut. Infolge des Umsichgreifens der Münzfälschungen wurden sie dann als öffentliche Münzprobirer in den Dienst des Publicums gestellt. Daraus entwickelten sich Geschäftsbeziehungen zum Publicum, welche allmälig die Gestalt des Bankbetriebes annahmen.

Argentarii und nummularii unterschieden sich aber auch jetzt noch dadurch, dass nur erstere auch Auctionatoren und nur letztere öffentliche Münzprobirer waren. Im 4. Jahrhundert n. Chr. wurden dann in durchgreifender Reform „wohl durch Constantin d. Gr. in Verbindung mit dessen münzreformatorischer Thätigkeit“ argentarii und nummularii unter der Bezeichnung collectarii zusammengefasst, „worauf dieselben (das sind doch die collectarii? — S. 522 — Ref.) von Julian im Jahre 363 ihrer Functionen als staatlicher Münzwardeine wie öffentlicher Münzprobirer enthoben und solche neu eingesetzten zygostates überwiesen wurden“. Die collectarii treten nun in die Stellung einfacher Bankiers zurück und werden in der späteren Legislation auch trapezitae, argentarii, von Justinian *ἀργυροπρατικοί, ἀργυροπράται* genannt.

Gegen diese Darstellung sind folgende Einwendungen zu machen:

1) Der behauptete „Durchgang“ der Trapeziten durch Latium (S. 515 A. 3) ist eine Unmöglichkeit. Er setzt voraus, Rom sei zu einer Zeit, als es längst im Besitz der latinischen Hegemonie war, gegenüber der latinischen Cultur kläglich im Rückstande geblieben. Diese vom Verfasser auch sonst beharrlich vertretene Annahme (vgl. Müller, Hdb. der klass. Alterthumswissenschaft IV 766 ff.) widerspricht so sehr aller Wahrscheinlichkeit und der Ueberlieferung, dass Referent sich der Kürze halber gestattet, auf Mommsen (Röm. Gesch. Bd. I[7] 193 ff., 45 ff.) Bezug zu nehmen. Hinzuzufügen wäre etwa, dass speciell der von Grossgriechenland ausgehende Handelsverkehr, der doch vorzugsweise als Seeverkehr zu denken ist, auf Rom sicher ebenso früh und gleich stark eingewirkt hat wie auf die übrigen Latinerstädte.

2) Die Hypothese der Reform Constantins schwebt in der Luft. Dass Constantin mit seiner Münzreform auch Massnahmen hinsichtlich des Bankwesens verbunden hat, ist nicht unmöglich, aber nicht festgestellt. Die ihm von Voigt zugeschriebene Massregel hat er aber gewiss nicht getroffen. Die „Zusammenfassung“ der argentarii und nummularii, wie sie Voigt darstellt, würde nichts Geringeres bedeuten als die Monopolisirung des Bankbetriebes in der Hand der Münzbeamten (was die collectarii nach Voigts Darstellung ja bis Julian waren). Denn wenn auch von Voigt die „Zusammenfassung“ zunächst wohl als Ausdehnung der Amtsfunctionen der nummularii auf die derzeit vorhandenen argentarii gemeint ist, so müsste doch, da es sich nicht bloss um einen einmaligen Verleihungsact, sondern um eine Reform handeln soll, auch fernerhin die Eröffnung neuer Bankbetriebe stets mit Verleihung der Amtsfunctionen verbunden gewesen, das heisst von letzterer abhängig gemacht sein. Für diese nirgendwo bekundete, an sich schwer begreifliche und offenbar undurchführbare Massregel weiss sich Verfasser im wesentlichen auf nichts anderes zu berufen (S. 522 Anm. 28. 29), als auf die Gleichsetzung der Bezeichnungen collectarius und nummularius im vierten Jahrhundert, womit offenbar nicht der mindeste Beweis geliefert ist (s. Nr. 3). Dass ferner Rufinus

das Wort τραπεζίτης mit collectarius übersetzt hat, ist ebenso werthlos wie die philologische Weisheit des Suidas (s. Anm. 28 a. a. O.).

3) In der Constitution Julians von 363 (l. 2 C. Th. 12, 7; l. 2 C. Iust. 10, 73) ist mit keiner Silbe die Rede von Enthebung der collectarii aus ihren Amtsfunctionen; die collectarii werden gar nicht genannt. Die Constitution ergiebt m. E. im Gegentheil, dass die Function, welche Julian den Zygostaten zuwies, bis dahin überhaupt nicht vertreten war, dass es sich um eine neue Einrichtung handelte. Insbesondere auch die nummularii können also um jene Zeit längst nicht mehr amtliche Münzprobirer gewesen sein. Die collectarii aber des vierten Jahrhunderts sind ebenso wie die collectarii des fünften Jahrhunderts (Nov. Valent. 14, 1, vgl. Marquardt, Röm. St.-V. II², 46, Anm. 45) staatlich angestellte Geldwechsler. Dass nummularius gleichbedeutend mit collectarius gebraucht wird (vgl. besonders Symmachus rel. 29, 1), beweist auch hier nichts für Voigt, vielmehr nur dies, dass nummularius in jener Zeit den Wechsler bezeichnet.

Alles Neue in den Voigtschen Ausführungen muss somit als unbegründet bezeichnet werden.

Im einzelnen ist noch folgendes geltend zu machen:

Zu Anm. 13 (S. 518): Livius XXIV, 18, 13 ff. soll beweisen, in welchem Masse das Bedürfniss bestand, flüssige Gelder bankmässig unterzubringen, indem nämlich das Publicum im Jahre 540 d. St. sich dazu drängte, seine Gelder dem Aerarium in bankmässige Verwaltung zu geben. In Wirklichkeit handelt es sich dort um Darlehen, welche dem leeren Staatssäckel patriotisch gewährt werden („ad sustinendam inopiam aerarii" „manavit ea privatorum benignitas ex urbe etiam in castra, ut non eques . . . . stipendium acciperet").

Zu S. 525 (Aufzählung der einzelnen zum Bankgewerbe gehörenden Geschäfte): Hier ist das in l. 7 § 2 D. 16, 3 („cum nummulariis", vgl. l. 67 § 1 D. 17, 1) bezeichnete Societätsgeschäft übersehen, wobei der Client Capital und der Bankier seine Geschäftserfahrungen und Verbindungen sowie die Mühewaltung einschiesst, während der Gewinn prozentual getheilt wird.

* * *

In § 2: Die Geschäftsbücher des argentarius wie des Hausherrn", wird folgendes dargelegt:

Bevor die argentarii „ihre überlieferten Geschäftsbücher aus Latium mit nach Rom brachten", führte man in Rom nur Vermögensbestandsbücher (libelli patrimonii s. familiae und kalendaria). Die demnächst zuerst von den vermögenderen Bürgern nach dem Vorbild der argentarischen Buchführung angenommene, schliesslich allgemein eingeführte Buchhaltung der späteren Zeit umfasste ausserdem:

1) Die Kladde (adversaria, ephemeris),

2) den codex rationum, welcher griechischer Herkunft ist,

3) den codex accepti et expensi, der latinischen Ursprungs ist. Die Natur der Adversarien ergiebt sich von selbst. Der codex rationum ist das Hauptbuch, worin chronologisch alle Vorgänge ge-

bucht werden, welche entweder den Kassenbestand verändern oder ohne numeratio eine Obligation begründen, ändern, beendigen. Dieser codex wird meist in einzelne Conti (rationes) zerlegt. Der argentarius insbesondere hat für die einzelnen Clienten rationes mensae (Conto-current-Folien, Giro-Conti). Der Private richtet seine Conti nach anderen Gesichtspunkten ein, z. B. als ratio praedii, pecoris, frumentaria; aber auch er hat seine ratio argentaria. Von besonderer rechtlicher Bedeutung sind diese codices rationum und die einzelnen rationes nicht; sie kommen höchstens als Beweismittel in Betracht. — Anders der codex accepti et expensi. Dieser ist „Literalgeschäftsjournal" d. h. er dient grundsätzlich nur den Literalcontracten. Es finden sich demgemäss ursprünglich darin nur folgende Eintragungen: 1) expensilatio, 2) acceptilatio, 3) transcriptio — a re oder a persona, 4) receptio (sic) argentarii. Später aber, nachdem mutuum und depositum „zu Contracten erhoben waren", wurden inconsequenter Weise, aus besonderen Gründen (S. 543 Anm. 53), auch diese beiden Geschäftsarten als sog. nomina arcaria (Gai. III, 131) in den codex accepti et expensi eingetragen. Dabei aber bewendete es. Alle anderen Geschäftsarten, insbesondere Kaufgeschäfte und Stipulationen blieben von diesem codex ausgeschlossen. —

So der Verfasser. — Die Vermögensbücher und Adversarien, bezüglich deren Voigt die allgemeine Ansicht theilt, können und werden im folgenden eben deswegen auf sich beruhen bleiben. Um so entschiedener ist Widerspruch gegen Voigts Ausführungen über die anderen codices zu erheben, welche von den bisher geltenden Anschauungen völlig abweichen.

Es ist nicht genau, wenn Sohm (Institutionen 3. Aufl. S. 277), übrigens im Anschluss an Voigts eigene Darstellung (s. besonders S. 533 Anm. 16, S. 536 Anm. 20, S. 550 Anm. 81), als das wesentlich Neue an der Voigtschen Ansicht den Satz bezeichnet: „der c. rationum und der c. accepti et expensi sind nicht identisch, sondern von einander zu unterscheiden". Die Unterscheidung der codices a. et expensi von anderen Bucheinrichtungen, welche Voigt unter der Bezeichnung codices rationum zusammenfasst, insbesondere die Ausscheidung des argentarischen codex rationum ist weder neu (vgl. ausser Heimbach und Zentner, die Voigt nennt, auch Keller, Instit. 106, Savigny, Verm. Schriften I 240, Marquardt, Röm. St.-V. II[2] 67—69) noch entscheidend für des Verfassers Ansicht. Die Unterscheidung als solche kann auch hingehen, wenn man sich nur das Richtige dabei denkt. Zweifellos haben die Römer ausser dem c. accepti et expensi andere Bucheinrichtungen gehabt, für welche die Bezeichnungen rationes, liber rationum, codex rationum vorkommen (der letztere Ausdruck findet sich nur in l. 10 § 2 D. 2, 13, und zwar für das argentarische Contocurrentbuch). Neu und unrichtig jedoch ist die von Voigt angenommene Beschränkung des codex accepti et expensi auf ganz bestimmte, eng begrenzte Functionen und die Charakterisirung des codex rationum, welcher sich technisch nur bei den Bankiers findet, als des von allen

römischen Bürgern geführten Hauptbuches. Da hier das πρῶτον ψεῦδος steckt, welches den Verfasser zu manchen weiteren Unrichtigkeiten führt, so muss näher darauf eingegangen werden, als es auf den ersten Blick geboten erscheint.

Wir kennen ziemlich genau die argentarische Einrichtung, welche in l. 10 § 2 D. 2, 13 als codex rationum bezeichnet wird, ein specifisch dem Bankverkehrsbedürfniss entsprungenes Institut, welches unserem Begriffe des Contocurrentfolio mit der Massgabe entspricht, dass es zugleich die Functionen des Giro-Contos erfüllt. Genaue Nachweisungen darüber finden sich bei Marquardt, Röm. St.-V. II² 68, was Voigt auffallender Weise unerwähnt lässt. Ausserdem tauchen gelegentlich specielle Bucheinrichtungen unter dem Namen rationes auf, für welche sich kein anderer gemeinsamer Begriff als derjenige des Special-Contos aufstellen lässt. Da ist z. B. ein liber rationum (l. 46 § 5 D. 26, 7), welchen der Vormund betreffs der Verwaltung des Mündelvermögens führt; da sind ferner rationes über die einzelnen Zweige einer Gutswirthschaft und über das Geschäftsverhältniss zum Bankier (Cato de re rust. c. 2). Vielfach sind solche rationes nichts weiter als particulare Vermögensbücher; so die ratio pecoris nati aut amissi, welche Columella XI, 2, 44 nennt; vgl. auch l. 7 § 2 D. 33, 10 (Voigt, S. 535 Anm. 19). Eine Reihe von anderen Fällen findet sich bei Brissonius verb. ratio. Dass diese codices rationum, wie man sie mit selbstgewähltem Ausdruck immerhin bezeichnen mag, nicht mit den codices accepti et expensi identificirt werden dürfen, liegt auf der Hand und ist, wie gesagt, nichts neues. Aber auch nur in diesem negativen Sinn darf man die Gesammtheit jener Special-Conti dem codex accepti et expensi gegenüber stellen. Als positive, feststehende Einrichtung erscheint innerhalb jener regellosen Mannigfaltigkeit nur der argentarische codex rationum. Einen entsprechenden „codex rationum domesticarum" (der Ausdruck ist wiederum von Voigt gebildet) und damit den Generalbegriff des codex rationum (Voigt S. 531) nachzuweisen, ist dem Verfasser nicht gelungen. Von den zahlreichen Aeusserungen, welche er (S. 531 ff. Anm. 11—18) als Belege zusammenstellt, ist nicht eine einzige beweisend. Dieselben sprechen entweder speciell vom codex accepti (freilich nicht mit diesem Ausdruck) oder von Special-Conti oder von den Bucheinrichtungen überhaupt. Man kann dem Verfasser nur soviel zugeben, dass die Stellen auf den ersten Blick seiner Behauptung nicht zu widersprechen scheinen; aber dies auch nur deshalb, weil sie so allgemein gehalten sind, dass sie, an und für sich, weit auseinander gehenden Vorstellungen Raum lassen. Die Stellen reden schlechtweg von tabulae, rationes, codices. Warum aber darunter andere codices als der codex accepti et expensi zu verstehen seien, dafür bleibt Voigt die Begründung schuldig.

Man wird gegen das Verlangen solcher Begründung einwenden, dass umgekehrt die Identität des codex accepti mit den in jenen Stellen erwähnten Büchern von dem bewiesen werden müsse, der sie behaupte. Dieser Einwand rechtfertigt natürlich nicht die Voigtschen Behauptungen.

Aber er ist doch insofern berechtigt, als auch die herrschende Meinung eine blosse Hypothese ist, wenn der uns angesonnene Beweis nicht erbracht werden kann.

Dieser Beweis ist indessen m. E. unschwer zu führen. Man muss sich nur vor allem frei machen von dem verbreiteten Vorurtheil, dass ausschliesslich oder auch nur vorzugsweise die Ausdrücke codex und tabulae accepti et expensi bezeichnend für diejenige Bucheinrichtung seien, für welche Cicero einige Male diese Ausdrücke gebraucht. M. W. findet sich die Bezeichnung codex accepti et expensi ausschliesslich in der Rede für Q. Roscius (hier dreimal: 1, 4 — 2, 5 — 3, 9). Daneben kommt ebendort (1, 2) tabulae accepti et expensi vor, und diese Wendung findet sich ausserdem noch einmal in der zweiten Verrine (II, 76, 186). Im orator endlich (47, 158) gebraucht Cicero einmal die Form accepti tabulae, welche von einzelnen Philologen ausserdem auch in der zweiten Verrine (I, 23, 60) gelesen wird (vgl. dazu Pseudo-Asconius). — Hiermit ist das Vorkommen jener Bezeichnungen m. W. erschöpft. Schon die Spärlichkeit dieses Materials spricht gegen die den Ausdrücken von den Neueren vielfach zugeschriebene technische Prägnanz. Es herrscht denn auch wenigstens darüber Einhelligkeit, dass nicht bloss dort, wo diese Ausdrücke gebraucht sind, es sich um die durch sie bezeichnete Bucheinrichtung handelt. Cicero gebraucht im Zusammenhang der eben bezeichneten Stellen anstatt der in Frage stehenden Ausdrücke weit häufiger das blosse „tabulae“. Es kann deshalb unmöglich bestritten werden, dass auch dieser Ausdruck zur Bezeichnung jener Bucheinrichtung verwendet wurde. Voigt selbst bezieht ausser jenen Stellen auch einige solche auf den codex accepti et expensi, wo das „tabulae“ allein, ohne Danebenstehen jener anderen Ausdrücke vorkommt, z. B. Cicero orat. part. 37, 130 „tabulae, pactum conventum, stipulatio“, pro Caecina 6, 17 „tabulas averterit“, Plautus, Trucul. I, 1, 52 „pro tabulis, ubi aera perscribantur usuraria“. Schon auf Grund dieses unstreitigen Materials ist also die Feststellung nicht abzuweisen, dass der Ausdruck „tabulae“ zur Bezeichnung jener Buchführung ebenso häufig, ja häufiger vorkommt als „codex“ oder „tabulae“ „accepti et expensi“. Ist dies aber richtig, so müssen durchschlagende Gründe vorliegen, wenn man in anderen Stellen, wo tabulae zur Bezeichnung der häuslichen Buchführung verwendet wird, eine andere Art der Buchführung finden will. Die Präsumtion spricht offenbar für die Identität. Voigt nun gibt überhaupt keinen Grund an, warum er den Ausdruck in den auf S. 534 mitgetheilten Stellen anders verstehen will als in den soeben genannten. Sein Beweggrund ist offenbar der, dass in jenen Stellen von der Eintragung solcher Geschäfte die Rede ist, welche nach seiner Ansicht nicht in den Codex accepti gehörten, ja dass theilweise in den Stellen ausdrücklich gesagt ist, jede Vermögensveränderung sei bei gewissenhafter Führung der tabulae aus denselben zu ersehen. Das passt natürlich nicht zu Voigts Begriff des codex accepti. Aber dass dieser Begriff richtig sei, soll ja erst durch jene Stellen bewiesen werden.

Voigt bewegt sich somit im Cirkel und bleibt beweisfällig, wobei daran erinnert sei, dass es sich augenblicklich noch allein um die Stellen handelt, in welchen tabulae schlechthin steht (Cicero in Verrem II. I, 23, 61 und 49, 128; II. IV, 6, 12; pro Cluentio 12, 54; 14, 40; 30, 82; pro Fonteio 5, 11; ad Atticum 12, 17; l. 29 § 2 de leg. III°). Doch nicht bloss eine von Voigt unwiderlegt gebliebene Präsumtion spricht für die herrschende Meinung. Vielmehr ist die Identität durch ein starkes positives Moment gestützt, welches darin beruht, dass die Römer, so oft sie von tabulae im Sinne der Buchführung schlechthin sprechen, niemals für nöthig halten, näher zu sagen, welchen Codex sie meinen. Es wird von den tabulae gesprochen, ohne Andeutung, dass es noch einen anderen codex gebe (abgesehen von den sehr deutlich unterschiedenen Adversarien)! Ueberall die stillschweigende Voraussetzung, dass, wenn man von tabulae spreche, jedermann dies verstehe und kein Missverständniss möglich sei. Und so haben es denn auch, soviel bekannt, alle Schriftsteller, die sich mit dem Gegenstand beschäftigt haben, vor Voigt verstanden, ein Beweis, dass diese Auffassung jedenfalls die natürliche ist. Es kommt ferner hinzu — und ich kann mich hier auf Voigts eigene Ausführungen S. 532 Anm. 12—14 beziehen —, dass die Terminologie des expensum und acceptum, welcher das angebliche „Literalgeschäftsjournal" seinen Namen codex accepti et expensi verdankt, sich auch bei dem angeblichen codex rationum findet. Sowohl expensum, acceptum ferre, als tabula und ratio accepti, expensi sind, um mit Voigt zu reden, beiden codices eigen, eine Thatsache, die Voigt sich so zurecht legt, dass er ohne jede Rechtfertigung behauptet (S. 544), diese beim codex accepti stets technisch gewesene Terminologie sei erst später auf den c. rationum übertragen. Wie soll man sich denn erklären, dass gerade dasjenige Buch jene Terminologie erzeugte, welches principiell gar nicht über accepta und expensa, sondern über „rein literale" Vorgänge Aufschluss gab? Wie ist es ferner denkbar, dass man den Namen codex accepti et expensi angewandt haben sollte zur Unterscheidung von einem codex, der viel eigentlicher die Buchung der accepta und expensa enthielt, bei dem jedenfalls Buchungen mit eben diesen Namen vorkommen? Kurz, alles spricht für die Identität der tabulae in den letztcitirten Stellen mit dem codex accepti. Und somit beweisen diese Stellen, dass in den letzteren auch Kaufgeschäfte (Cicero in Verrem II, 1, 23, 61, II, 4, 6, 12, II, 4, 12, 28), Sponsionen (Cicero ad Atticum 12, 17), Vergleiche (Cicero pro Cluentio 12, 54), Schenkungen (pro Cluentio 12, 28), Erbschaftserwerb (l. 29 § 2 leg. III°), überhaupt alle Vermögensvorgänge eingetragen wurden, derart, dass, wie es pro Cluentio 30, 82 heisst, bei gewissenhafter Buchführung „nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere", und Cicero pro Font. 2, 3: „ratio litterarum confectioque tabularum habet hanc vim, ut ex acceptis et datis quidquid fingatur aut surripiatur aut non constet appareat". Auch die Stelle des Pseudo-Asconius (Orelli p. 175) über die domestica ratio würde übrigens diesen Beweis liefern, wenn diesem Scholiasten in historischen Dingen zu

trauen wäre. Denn er liest ja im Ciceronianischen Text das erst von der neueren Kritik verworfene accepti tabulas, will also recht eigentlich eine Beschreibung des codex accepti et expensi geben. Dazu stimmt die Notiz über die chirographa. Die ganze Stelle, obgleich Voigt sie S. 534 an die Spitze stellt, kann also wohl gegen, aber unter keinen Umständen für Voigts Hypothese verwendet werden.

Es ist nach dem Gesagten nicht erforderlich, auf die Stellen mit den Ausdrücken ratio, rationes genauer einzugehen. Ueber den liber rationum in l. 46 § 5 D. 26, 7 ist bereits gesprochen. Petronius 53, Suetonius Iulius 47, l. 6 § 4 D. 33, 8, l. 15 § 2 D. 34, 1, l. 40 pr. D. 40, 7, l. 22 § 8 D. 17, 1 sprechen allgemein von der Eintragung in „die Bücher“, l. 1 Cod. Iust. 2, 1 in der gleichen Weise von deren Exhibition. Columella de re rust. XII 3, 6 redet abstract von Belastung des „Budgets“. In l. 6 D. 40, 1 ist unter suae pecuniae ratio wohl ein Specialconto zu verstehen. In l. 26 D. 33, 8 dürfte das Kalendarium gemeint sein. Mag sich dies nun im einzelnen verhalten, wie es wolle, so ist aus den Stellen für die Voigtschen Behauptungen nichts zu gewinnen, weil die Differenzirung eines codex accepti und eines codex rationum im Voigtschen Sinn daraus niemals erwiesen werden kann, so lange die vorher behandelten Stellen entgegenstehen.

Dieser negativen Kritik ein positives und befriedigendes Bild der römischen Buchführung gegenüber zu stellen, muss Referent sich ausser Stande bekennen. Nur Vermuthungen können gewagt werden. Mit der von Keller eingeführten Fragestellung, ob die Hausbücher Contocurrent- oder Cassabücher gewesen seien, ist m. E. die Complicirtheit der Verhältnisse unterschätzt. Ich möchte überhaupt nicht an ein einziges strictes Schema glauben. Das Hauptbuch des Bankiers muss anders ausgesehen haben, als dasjenige des kleinen Bürgers. Die centrale Buchführung des mit vielen Procuratoren arbeitenden Capitalisten bot sicher ein anderes Bild als die tabulae des von der Hand in den Mund lebenden Kleinbauern. Wer sein Geld in Steuerpachtungen angelegt hatte, musste anders buchen als der Latifundienbesitzer. Wer mit Kalendarien arbeitete, für den erledigte sich durch diese ein Theil der Functionen, welche sonst den tabulae accepti zufielen. Ich nehme mit Keller an, dass die Hausbücher ursprünglich Cassabücher waren, dass es aber je länger je mehr üblich wurde, die Buchführung mannigfaltig zu modificiren. Die Modificationen mussten sich vorzugsweise auf die Theilung der Buchführung und die Abzweigung von Specialconti beziehen, und diesen Gedanken hervorgehoben zu haben, ist ein Verdienst der Voigtschen Schrift. Die Einheit der Buchführung, durch den Zweck der Sache gefordert, durch die römische Sitte und den Censor anscheinend besonders streng geheischt, konnte und musste daneben durch ein summarisch gehaltenes Hauptbuch beobachtet werden, und so konnte man immer noch von einem codex accepti et expensi, von einer domestica ratio sprechen, als die alte Sitte, in einen codex alle accepta und expensa einzutragen, nur noch von wenigen Bürgen festgehalten wurde. In diesem Sinne erscheint die in den Quellen uns entgegen-

tretende Einheitlichkeit der Buchführung, welche wir gegen Voigt betonen mussten, nicht als Gegensatz, sondern als Zusammenfassung der Mannigfaltigkeit, welche gegen die bisher vorherrschende Auffassung hervorzuheben nicht überflüssig ist. Voigt hat in letzterer Hinsicht schätzenswerthe Anregungen gegeben, die nur leider durch sein unrichtiges Hauptresultat in Schatten gestellt sind.

* * *

Der Verfasser behandelt in § 3 sodann: „Die Formulirung der Einträge in dem codex accepti et expensi“ und kommt dabei zu folgenden Resultaten:

1) Die bisherige Annahme, dass dem expensum ferre des Gläubigers ein acceptum ferre des Schuldners entspreche, ist irrig. Vielmehr entspricht dem gläubigerischen expensum ferre ein schuldnerisches expensum referre. Acceptum ferre ist die Eintragung des Schuldners, wodurch die Literalobligation gelöst wird, und dieser Eintragung entspricht ein vom Gläubiger bewirktes acceptum referre. Die Gegenbuchung ist in beiden Fällen durch Ordnung und Sitte, aber nicht juristisch geboten. Denn die literae im Sinne der erforderlichen Geschäfts-Sollennität sind in beiden Fällen vorhanden, wenn nur das ferre gehörig geschehen ist.

2) Das ferre muss verbis sollenibus geschehen, nämlich bei einfacher expensilatio mit den Worten: „X af N° N° promissa expensa N° N° fero“, bei der transscriptio a re in personam: „X af N° N° ex . . . . causa debita expensa N° N° fero“, bei transscriptio a persona in personam: „X af Titio debita expensa N° N° fero“, bei acceptilatio: „X A° A° debita accepta fero“.

3) Auf der accepti tabula stehen: expensilatio und accepti relatio, auf der expensi tabula: expensi relatio und accepti latio (S. 563).

4) Die receptio argentarii, „ein literales constitutum debiti alieni“ (S. 549) wird theilweise abweichend behandelt. Hier entspricht dem expensum ferre des Gläubigers, welches auch hier auf der accepti tabula steht und formulirt wird: „X af N° N° pro Titio promissa in seque recepta expensa N° N° fero“ ein recipere des argentarius, welches auf der expensi tabula steht und formulirt wird: „X pro Titio A° A° promitto in meque recipio“.

Diese überraschenden Thesen erweisen sich bei näherer Betrachtung als theils unrichtig, theils willkürlich.

Zu 1) Voigt selbst (S. 563) geht davon aus, dass expensilatio und acceptilatio ursprünglich die Buchung wirklicher Zahlungen bezeichneten. Er ist der Meinung, dass für den codex rationum (S. 532) jene Ausdrücke in eben diesem Sinne beibehalten wurden und dass demgemäss expensum hier jede Ausgabe, acceptum jede Einnahme bezeichnete. Er stellt ferner nicht in Frage, dass die expensilatio auch im literalen Verkehr denselben Grundbegriff, nämlich die fictive Zahlungsleistung bezeichnete. Auch kann er natürlich nicht leugnen, dass bei der verbalen Acceptilation acceptum ferre die lösende Erklärung des

Gläubigers bezeichnet. Und endlich wird man allgemein zugeben, dass es nicht bloss „modern“ (S. 562), sondern allgemein menschlich ist, dass eine Eintragung nach der Bedeutung bezeichnet wird, die ihr vom Standpunkt des Eintragenden, nicht nach derjenigen, die ihr vom Standpunkt eines Anderen beiwohnt, insbesondere dass ich eine von mir geleistete Zahlung nicht Einnahme, sondern Ausgabe nenne. Eine Reihe von Argumenten spricht also von vornherein dafür, dass acceptilatio auch im literalen Buchungssystem die lösende Eintragung des Gläubigers bezeichnet. Für denjenigen, der mit uns den codex rationum Voigts verwirft und als einziges in Betracht kommendes Hausbuch den codex accepti gelten lässt, wird das Mass dieser Gründe dadurch voll gemacht, dass eine Reihe von Stellen zweifellos erweist, dass in dieser Buchhaltung acceptum ferre, wo es sich um reale Zahlungsleistung handelt, die Eintragung des Zahlungsempfanges seitens des Gläubigers bezeichnet. Dass in demselben Buchsystem bezüglich der literalen Acceptilation der entgegengesetzte Sprachgebrauch bestanden haben sollte, ist eine offenbare Unmöglichkeit. Die Stellen sind: l. 56 D. 26, 7, l. 4 § 1 D. 21, 2, l. 39 § 18 D. 26, 7, l. 91 § 3 de leg. III°, l. 102 § 2 D. 46, 3, Seneca ep. 10, 2, 3 = 78, 3, Val. Max. 2, 7, Apuleius apol. 96, Tertullianus apol. 13; vgl. auch l. 1 Cod. Iust. 8, 42, l. 1, l. 3 pr. D. 46, 3, l. 12 § 1 D. 20, 5. Doch es soll hiervon abgesehen und dem Verfasser offenes Ohr für die Gründe geliehen werden, welche er bezüglich der plötzlich umgekehrten Bedeutung der acceptilatio bei der literalen Buchung beizubringen hat. Es sind zwei Stellen. (S. 554 Anm. 6; vgl. S. 532 Anm. 12, S. 544, S. 547 Anm. 65, S. 558, S. 560. S. 564, wo man sich überzeugen wolle, dass im übrigen nur gehäufte Behauptungen, keine Gründe vorgebracht sind.) Die eine Stelle — fragm. Vat. 329 — sagt ganz allgemein: „sub condicione non recte acceptum vel expensum fertur“, beweist also nichts. (Vgl. übrigens l. 77 D. 50, 17.) Die zweite — l. 41 D. 2, 14 — lautet: „Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram et te liberabo“. Licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit (Papinianus). Voigt bemerkt in Parenthese hinter feram: „i. e. referam“. Das sieht wie Selbstironie aus. Denn wenn sich die Stelle überhaupt auf die literale Acceptilation bezieht, wofür m. E. nicht der mindeste Anhalt gegeben ist, so müsste nach Voigts Theorie es in der That referam heissen. Es heisst aber feram, und da hier zweifellos der Gläubiger es ist, welcher acceptoferiren will, so würde die Stelle, wenn man sie auf die literale Acceptilation beziehen dürfte, directen Gegenbeweis gegen Voigt liefern.

Voigt hat aber nicht nur keinen Beweis dafür, dass acceptum ferre die Handlung des Schuldners bezeichnet. Es giebt vielmehr überhaupt kein zweifelloses Zeugniss für ein echt literales acceptum ferre. Erman (Zur Gesch. der röm. Quittungen S. 25) hat bereits bemerkt: „Als die ursprüngliche Hausbuchterminologie erscheint: acceptum referre — expensum ferre. Referre ist nur der allgemeine Ausdruck für „eintragen“ in der älteren Sprache, während ferre in der republikanischen Zeit nur bei der Eintragung des expensum gebraucht

wird. Acceptum referre und ferre unterscheiden sich also zeitlich, nicht nach der Bedeutung." Hierzu möchte ich die Einschränkung fügen, dass auch selbst für die Kaiserzeit ein eigentlich literales acceptum ferre nicht nachweisbar ist. Denn l. 102 § 2 D. 46, 3 spricht von einem Bekenntniss wirklich empfangener Zahlung; in l. 56 D. 26, 7 und l. 4 § 1 D. 21, 2 ist von Kaufgeschäften, in l. 91 §§ 3, 4 de leg. III° von eingetragenen Revenuen die Rede; in l. 39 § 18 D. 26, 7 heisst es: „per iudicem acceptoferetur" und in fragm. Vat. 329 erklärt sich fertur durch das neben acceptum stehende expensum.

Aber auch für das von Voigt behauptete expensum referre fehlt jedes Beispiel und es bleibt auch hier bei der von Erman getroffenen Feststellung, dass es immer heisst: expensum ferre. In den von Voigt (S. 554 Anm. 5) beigebrachten Stellen steht das referre — ohne expensum — in dem allgemeinen Sinn von „eintragen", was ja, wie Voigt anerkennt (S. 553 Anm. 3 und S. 538 Anm. 2[a]), einem verbreiteten Sprachgebrauch entspricht.

Es fehlt also den Voigtschen Aufstellungen geradezu an jeder Unterlage, und es ist schwer zu begreifen, wie der Verfasser bei so widriger Sachlage den Muth behalten konnte, an der einmal aufgestellten Hypothese festzuhalten.

Zu 2) Mit der zu 1) erörterten Terminologie fällt auch die vom Verfasser danach gebildete Formulirung der Einträge selbst zusammen. Nebenbei ist zu bemerken, dass auch das alterthümliche af (Andere lesen abs), auf welches Voigt solchen Werth legt, zur Sollennität schwerlich gehörte, da Cicero im orator (47, 158) der Bemerkung „praepositio af nunc tantum in accepti tabulis manet" die Worte hinzufügt: „ne his quidem omnium".

Zu 3) Auch die Vertheilung der Einträge auf die expensi und accepti tabula ist lediglich eine Consequenz der vom Verfasser zu 1) beweislos aufgestellten Prämissen. Es genügt, Act von der Perversität zu nehmen, dass auf der accepti tabula vorzugsweise die expensa, auf der expensi tabula die accepta gestanden haben sollen!

Zu 4) Ueber die von Voigt sog. receptio argentarii wird geeigneter im Zusammenhang des folgenden Paragraphen gesprochen.

* * *

In § 4 erörtert der Verfasser „Die Literalobligation des codex accepti et expensi". Soweit es sich dabei nicht um unmittelbare Consequenzen der in den vorhergehenden Paragraphen aufgestellten Originalthesen handelt, steht der Verfasser im wesentlichen auf dem Boden der herrschenden Ansicht. Das Wesen des Literalcontractes erblickt auch er darin, dass ein nach dem Willen der Contrahenten abstract gestaltetes Schuldverhältniss unter der Voraussetzung klagbar ist, dass es in einer bestimmten Weise in den codex accepti et expensi eingetragen ist. Die Eintragung ist nicht wie Rede und Gegenrede bei der Stipulation Form der Willenserklärung. Sie setzt vielmehr die — formlose — Willenseinigung voraus und tritt zu dieser als selbständiges Formelement hinzu. Der Literalcontract bedeutet m. a. W. die

Anerkennung des formlosen abstracten Schuldversprechens nur mit der Einschränkung, dass der Gläubiger den Vorgang in Gestalt der expensilatio beurkunden und der Schuldner — formlos — in diese Beurkundung willigen muss.

Ueber die historische Entwickelung dieser Contractsform bemerkt Voigt: sie habe sich im latinischen Rechte entwickelt, von wo sie nach Rom recipirt sei (S. 566); mit der Uebernahme des argentarischen codex accepti in das bürgerliche Leben Roms sei nämlich „die Anerkennung der Bucheinträge als einer Rechtsgeschäftsform Hand in Hand gegangen“ (S. 565), und zwar im Wege der interpretatio und der prätorischen Jurisdiction. Nach Voigts Ansicht war ja nun aber der codex accepti principiell nur für Literalcontracte bestimmt und lange Zeit auch thatsächlich hierfür ausschliesslich benutzt (S. 542). Die Uebernahme dieses codex in das römische Verkehrsleben hätte also nur unter der Voraussetzung Sinn gehabt, dass mit der Einführung der Bücher sofort auch die rechtliche Anerkennung des Literalcontractes verbunden gewesen wäre. Der behauptete Vorgang ist also nicht anders als akut denkbar. Voigt selbst aber stellt die „Verbreitung“ der codices accepti und die Anerkennung des Literalcontractes als allmälige Entwickelung in der Weise dar, dass zunächst die Bucheinrichtung Eingang gefunden habe und demnächst erst die an dieselbe sich knüpfende Contractsform anerkannt worden sei. Die Voigtsche Darstellung scheitert also an ihrem eigenen Widerspruch. Im übrigen ist gegen dieselbe das zu § 1 über den angeblichen „Durchgang der argentarii durch Latium“ Gesagte zu wiederholen. Was Voigt (S. 571) im Literalcontract mit Recht als von sonstigen altrömischen Grundsätzen abweichend bezeichnet, ist nicht hinreichend, um den Schluss auf ausserrömischen Ursprung zu rechtfertigen, lässt sich vielmehr innerhalb des Rahmens der nationalrömischen Rechtsentwickelung erklären. Weder gegen noch für den nationalrömischen Ursprung spricht Livius 35, 7 und Gaius III, 133.

Die Frage, welcher Rechtsgedanke dieser uns so wunderlich anmuthenden Contractsart zu Grunde liegt, lässt Voigt unerörtert. Wie man dazu gelangen konnte, das entscheidende formale Moment ausschliesslich in die Hand des Gläubigers zu legen, unterzieht er keiner Prüfung. Er begnügt sich mit der Thatsache. Nur im Vorbeigehen sei die Vermuthung geäussert, dass es der Novationscharakter der Expensilation ist, welcher den Schlüssel zu jener Frage giebt. Nimmt man an, die Expensilation habe ursprünglich nur der Novation gedient, das expensum ferre sei also ursprünglich nicht die blosse Eintragung einer neuen Forderung, sondern zugleich immer die Löschung einer alten (ganz so wie Keller, Sells Jahrb. I 98 ff. die nomina transscripticia erklärt), so liegt in der Expensilation auch materiell die entscheidende Willenserklärung. Sie ist unter dieser Voraussetzung nicht bloss die formelle Acceptation eines Schuldversprechens, sondern zugleich die materielle Disposition über ein Forderungsrecht. Mochte der Gläubiger dadurch auch ein schneidigeres Forderungsrecht erhalten, formell gab er doch ein Recht auf, und auch materiell war der Tausch nicht ganz

ohne rechtlichen Nachtheil. Man denke z. B. an die Zinsenfrage. Wichtiger aber noch scheint mir, dass dem wirthschaftlichen Kern nach die novirende Expensilation sich als Creditgewährung darstellt. Man pflegt erst dann eine Schuld von der causa zu abstrahiren, wenn ein verlängerter Credit dafür nachgesucht wird, und auch die Novation mit Personenwechsel pflegt nach allgemeiner Erfahrung dem Fortgenuss des Credits zu dienen. Der Gläubiger erscheint also auch wirthschaftlich als der disponirende, gewährende Theil. Dass später die expensilatio als obligationsbegründender Act, insbesondere zu Schenkungszwecken, vielleicht auch als Creditunterlage benutzt worden ist, soll damit nicht in Abrede gestellt werden. Aus Gaius III, 128 ff. ersehen wir aber, dass auch in späterer Zeit der Novationszweck im Vordergrund stand.

Voigt betrachtet den Novationszweck als secundär. Dies steht im Zusammenhang mit seinen Anschauungen über das Buchwesen. Ein auf literale Geschäfte beschränkter codex accepti ist ja von vornherein zu dem Zwecke erfunden, um abstracte Schuldverhältnisse zu begründen! Wer an solche Erfindung glaubt, dem kann die expensilatio als rein obligationsbegründender Vorgang keine Bedenken erregen. Wer dagegen von der Ueberzeugung durchdrungen ist, dass die wirthschaftlichen Verhältnisse, genauer: die durch das wirthschaftliche Bedürfniss hervorgerufenen Bucheinrichtungen den Literalcontract organisch vorbereitet und erzeugt haben, dem wird die Auffassung befriedigender erscheinen, dass ursprünglich jeder expensilatio eine andere, causale Buchung zu Grunde lag und dass sich hieraus organisch die Grundsätze des Literalcontractes entwickelt haben.

Bisher blieb die von Voigt sogenannte receptio argentarii unerörtert. Es ist erst kürzlich wieder aus berufenem Munde (Goldschmidt in Bd. 10 dieser Zeitschrift S. 395) gleichzeitig auf die Wichtigkeit dieses Institutes und auf die Lückenhaftigkeit unseres Wissens über dasselbe hingewiesen. Voigts Bemerkungen darüber (S. 549. 556. 559. 563. 566 ff.) sind mehr andeutend als ausführend. Dennoch ist Referent geneigt, gerade hier einen fruchtbaren Gedanken anzuerkennen, den übrigens bereits Bekker (Bd. 3 dieser Zeitschrift S. 9) geäussert hat. Derselbe tritt bei Voigt in schädlicher Verquickung mit dessen irrigen Anschauungen auf. Dass aber das receptum argentarii nur im Zusammenhang mit der argentarischen Buchführung seine richtige Beleuchtung erhält, ist eine Erwägung, welche mehr Beachtung verdient, als ihr gewöhnlich zu Theil wird. Aufgeklärt ist freilich durch Voigts Bemerkungen das Institut keineswegs und der Widerspruch (S. 574 Anm. 23) gegen Lenels überzeugende Ausführungen ist ein Rückschritt.

Die „gründliche und umfassende Bearbeitung des Buch- und Rechnungswesens bei den Römern", welche Bekker im Jahre 1882 (Bd. 3 dieser Zeitschrift S. 16) mit Recht als dringendes Bedürfniss bezeichnete, liefert die vorliegende Schrift nicht. Sie muss vielmehr in der Hauptsache als verfehlt bezeichnet werden.

Die zahlreichen Druckfehler dürfen nicht unerwähnt bleiben. Die Fehler in den Quellen-Citaten wirken sehr zeitraubend. Ich habe von

letzteren gelegentlich folgende vermerkt: S. 522[27] muss es heissen: D. I 12, 1 § 9; S. 522[29]: C. Th. **XVI** 4, 5; S. 523[30]: Iul. im C. Th. **XII**; S. 531[6]: D. **XXVI** 7; S. 533[16]: Phil. im C. Iust. **IV** 19; S. 534[18] Z. 31: D. XXXII, **l. 29**; 535[19] Z. 13: D. II 14, **l. 47**; S. 535[19] Z. 14: D. XXXII, **l. 91**; S. 538[23] Z. 4: D. **XXVI** 7; S. 538[29] Schluss: D. III 5, **l. 88**; S. 554[6] Z. 2: D. II **14**.

Halle. Th. Niemeyer.

Jacques Flach, Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge avec textes inédits. Paris, L. Larose et Forcel, 1890. 336 S., 8⁰.

Unter diesem Titel hat der Verfasser, Nachfolger Laboulayes auf dem Lehrstuhl für vergleichende Rechtsgeschichte an dem Collège de France, drei Abhandlungen vereinigt und seinem Vorgänger gewidmet. Dieselben beziehen sich sämmtlich auf die mittelalterlichen Schicksale des römischen Rechts; während aber die beiden letzten nur einzelne Sonderpunkte behandeln, bringt die erste die ganze viel umstrittene Frage nach einer frühmittelalterlich-romanistischen Wissenschaft zur Erörterung und erscheint demgemäss als die weitaus wichtigste. Beigegeben ist jedem Hauptabschnitte (S. 129—183 und S. 225—286) ein reiches und ausserordentlich schätzbares Material von Veröffentlichungen aus den handschriftlichen Schätzen der Pariser Nationalbibliothek: Glossen, Zusammenstellungen von Anfangsworten, synoptische Tabellen zu Petrus-Manuscripten u. s. f.: für das Einzelne muss hier, Mangels des nöthigen Raumes, auf das Buch selbst verwiesen werden; für die Zuverlässigkeit und Akribie der Ausgabe bürgt die bekannte aussergewöhnliche Sachkunde, dipiomatische Schulung und Genauigkeit des Verfassers.

Die erste Abhandlung besteht in einer kühlen, besonnenen, in kurzen Worten oft viel sagenden, oft aber doch auch etwas aphoristischen Nachprüfung der (wesentlich Fittingschen) Beweise für die Behauptung, dass durch alle, selbst die dunkelsten Zeiten des Mittelalters hindurch, stets Wissenschaft, Litteratur und Unterricht des römischen Rechts Platz gegriffen habe. Sympathisch wie diese Behauptung unserem evolutionistischen Zeitalter klingt (S. 13 f.), wird sie doch nach Flach durch die Thatsachen wenig gerechtfertigt; zu den mannigfachen Angriffen, welche Fittings Hypothesen und Darstellung letzthin erfahren mussten, gesellt sich somit die Flachsche Untersuchung hinzu. Wenn dieselbe auch nicht viel neue Gegenargumente bringt, sondern sich namentlich durch ein fortwährendes non liquet auszeichnet, so ist sie doch positiv in der Negation der Fittingschen Continuitätstheorie; sie beruht auf dem von Conrat in seiner Einleitung zu der Ausgabe der Epitome Exactis regibus begonnenen Angriff und leite zu dem umfassenden Angriff über, zu welchem Conrat in seiner grossen, augenblicklich im Gange befindlichen Veröffentlichung[1]) vorgeht.

---

[1]) Mit der positiven Bedeutung eines umfassenden Quellen-Werkes,



Flach zerlegt den Stoff in drei Unter-Abtheilungen: 1) Wie steht es um diejenigen Schriften, welche wohl nicht zwischen Ende des 6. und des 11. Jahrhunderts, sondern entweder nachher oder vorher entstanden sind? Welchen Werth hat namentlich, falls letzteres der Fall, der Umstand ihrer Ueberlieferung durch diese dunklen Jahrhunderte hindurch? 2) Welches ist die Bedeutung der uns wirklich in Manuscripten aus der Zeit zwischen Ende des 6. und des 11. Jahrhunderts überlieferten Arbeiten? 3) Wie steht es während dieser kritischen Zeit um den Rechtsunterricht? — An die Behandlung der ersten Frage werden Bemerkungen über die Benutzung und das Vorkommen von Citaten römischer Rechtsquellen während des fraglichen Zeitraumes angeschlossen.

Merkwürdiger Weise zählt Flach zu der ersten Gruppe nur solche Werke, welche Fitting in seinen „Juristischen Schriften des früheren Mittelalters" veröffentlicht hat: Actionentractate, juristische Vocabularien, Fragmente von Institutionencommentaren, Compendium iuris, De iustitia. Von allen diesen nimmt Flach entweder an, und zwar dies mit Vorliebe, dass sie ihre Entstehung erst dem Beginn wissenschaftlicher Regungen um das Ende des 11. Jahrhunderts, sei es den unmittelbaren Vorläufern der Bononiensischen Schule, sei es den ersten Anregungen dieser schon erblühten Schule nach auswärts, verdanken; oder dass sie vor dem Ende des 6. Jahrhunderts im wesentlichen entstanden, durch die dunkeln Jahrhunderte aber in einer solchen Art und Weise überliefert worden sind, welche keinerlei Spur wissenschaftlichen Verständnisses oder theoretischer Pflege erkennen lassen. Welche Alternative für jede einzelne Schrift zutreffe, entscheidet Flach regelmässig nicht; dem neu entdeckten Juristen Geminianus ist er wenig hold und möchte, unter Benutzung der Resultate von Pescatores Irnerius-Forschung, unter dem G., qui primus tractavit de natura actionum, eben Irnerius verstehen.

Mehr Bedeutung misst Verfasser denjenigen Schriften bei, deren vorbononiensischer Ursprung schon durch die Manuscripte feststeht. Als solche stellt er aus dem reinen römischen Recht zusammen: 1) Institutionsglossen: Turin; Bamberg; Monte-Cassino; Paris; Köln. 2) Zum Codex: Summe von Perusia; Glossen von Pistoia und von Paris. 3) Zum Julian: Summen, Scholien und Glossen. 4) Summen und Glossen zum Theodosischen Codex und 5) zum Breviarium. Diesen Producten werden diejenigen romanistischen Darstellungen an die Seite gestellt, welche im Dienst des kanonischen, lombardischen oder Lehnsrechtes stehen, einschliesslich der canonistischen Sammlungen und der

---

wie es Conrat, „Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter" theils schon ist, theils zu werden verspricht, wollen und dürfen natürlich Flachs Etudes nicht verglichen sein; leider haben letztere ersteres nicht mehr benutzen können. Dass dabei Flach in irgend einem mikroskopischen Detailpunkt, auf welchen er gerade seine ganze Aufmerksamkeit gerichtet hat, auch einmal Conrat zu verbessern in der Lage ist (S. 202), das ändert an dem Gesammtverhältniss nichts.

Expositio ad librum Papiensem und dgl. In knappster Darstellung werden hier mehr innerliche, auf den wissenschaftlichen Werth gerichtete Untersuchungen angestellt; das Ergebniss ist, dass alle älteren Stücke barbarisches Gemengsel ältester Schulweisheit ohne inneres Verständniss mit lediglich grammatikalischer Bedeutung seien; während die tüchtigeren Leistungen der Zeit gegen 1070, namentlich der die Auffassung des römischen Rechts als raison écrite vorbereitenden damaligen Lombardistenschule, entstammen. Man sieht, wie wesentlich für Flach diese Sonnenaufgangsepoche von einigen vorbononiensischen Jahrzehnten ist, welchen er nach dem Vorgange von Conrat das zuschreibt, was man bis dahin über die vorbononiensischen Jahrhunderte vertheilt hatte.

Nach diesen Ergebnissen wird es Flach S. 104 f. leicht, dasjenige, was man als Spuren eines eigentlich wissenschaftlichen Rechtsunterrichts ausgelegt hat, als rein grammatikalische oder rhetorische Schulübungen, bedingt durch die bekannte scholastische Methode, anzusprechen: wie denn ja schon bei Quintilian das genus iudiciale als Theil der Rhetorik auftritt. Dass vor dem 12. Jahrhundert in Orléans eine Rechtsschule bestanden habe oder in Frankreich der Brachylogus entstanden sei, leugnet Flach bestimmt; „würde aber," so sagt er S. 117, „bewiesen, dass der Brachylogus in Frankreich während des 12. Jahrhunderts entstanden ist, so würde dieser Umstand, weit entfernt davon, einen Anhaltspunkt für die Behauptung einer angenommenen Continuität des römischrechtlichen Unterrichts in unserem Lande durch das ganze Mittelalter hindurch zu geben, vielmehr bezeugen, dass diese Studien bei uns eine hervorragende Wiedergeburt in Folge und unter dem Druck der von Bologna ausgehenden Bewegung erlebt haben." — Bleiben die italienischen Schulen. Die bekannte Odofredische Stelle wird ganz wörtlich so interpretirt, dass bei Untergang des römischen Studiums von dort nicht dieses, sondern bloss die Rechtsbücher nach Ravenna übertragen wurden. Mit der längeren Existenz dieser ravennatischen Schule muss dann Verfasser rechnen, wie er ihr den Petrus wenigstens hier nicht ausdrücklich abspricht; das hohe Lob aber, welches ihr Fitting spendet, lässt er ihr nicht zukommen, und hierin kann ihm Berichterstatter nur zustimmen: die aequitas, welche in Ravenna gehandhabt wurde, ist nicht diejenige einer über das strenge Recht fortgeschrittenen, des Buchstabens entbehren könnenden Epoche, sondern diejenige einer noch ungebildeten Zeit, welche mit den Quellen nicht umzugehen versteht und darum einem dunklen Rechtstriebe folgt. Wie sich dann die Besserung gegen Ende des 11. Jahrhunderts anbahnt, wird treffend hervorgehoben; ob wirklich dafür, dass schliesslich die neue Richtung statt in Ravenna vielmehr in Bologna zum Durchbruch kam, politische Gründe, Beziehungen zum Streite zwischen Papst und Kaiser massgebend waren, wie Flach vermeint, möchte ich dahingestellt sein lassen; dagegen kann ich mich ihm wieder ganz anschliessen, wenn er zu Ende den Hauptnachdruck auf die geniale Persönlichkeit des Irnerius legt (S. 126): „In Ravenna war es dem römischen Rechte nicht gelungen, sich aus den

Banden der Praxis, Dialektik und Grammatik zu lösen. In Bologna sprengt das Genie eines Mannes seine Fesseln, es nimmt seinen Aufschwung und wird eine Wissenschaft."

Wenn freilich hiermit jede Spur einer Wissenschaft vor Bologna geleugnet werden soll, so kann man schon desshalb Verfasser nicht ganz beipflichten, weil seine Untersuchungen so vollständige nicht sind, dass sie zu derartig abschliessendem Urtheile berechtigen. Das weiss er selbst sehr wohl, wie er denn z. B. die ganze fundamentale Materie des Petrus und des Brachylogus principiell aus der Besprechung, als noch nicht reif zur Entscheidung, ausgeschieden hat (S. 59. 60). Aber auch sonst, fürchte ich, wird seine Polemik als eine erschöpfende fast nirgendwo bezeichnet werden können, da er fast alles unentschieden lässt und nur gerade die Fittingsche Auffassung negirt. Sobald man jedoch einen derartigen Anspruch, welchen er selbst keineswegs erhebt, fallen lässt, wird sich andererseits eine weitgehende Berechtigung seiner einzelnen Bemerkungen und Einwände nicht verkennen lassen; die Klarheit und die Zurückhaltung der Beurtheilung fallen überall vortheilhaft auf; zweifellos methodisch richtig ist die stete Rückverweisung auf die objective, handschriftliche Grundlage; bei den mehr subjectiven Fragen der Werthbeurtheilungen und ähnlichen hört freilich jeder feste Massstab auf, wennschon Berichterstatter Verfassers Geschmack vielfach theilt.

Die zweite Abhandlung hängt mit der ersten insofern zusammen, als sie einen Beitrag zur Ausfüllung einer dort bemerkten Lücke, zur Kenntniss der Handschriften von Petrus Exceptiones, liefert. Sie besteht in einer mit äusserster Feinheit und Vorsicht, mit Scharfsinn und Geschick geführten Untersuchung über die Pariser Petrus-Manuscripte; die Einzelheiten, wennschon auf ihnen der Werth der Arbeit wesentlich beruht, können hier nicht einmal andeutungsweise berücksichtigt werden. Zunächst wird das Ergebniss festgestellt, dass die jüngst aus der Bibliothek Asburnham zu Tage gekommenen Nummern Barrois 336 und 285 zusammen, nachdem falsche Zuthaten beseitigt, Rasuren ergänzt worden sind, das von Savigny citirte, vor 1848 aus der französischen Nationalbibliothek mit zahlreichen anderen Handschriften verschwundene MS. Bibl. nat. lat. 4719 bilden, so dass namentlich aus den (gefälschten) Anfangsworten des einen Stückes gezogene Schlussfolgerungen wegfallen (S. 202). Dies Manuscript 4719 nun aber enthält den Petrus nicht in der Ordnung unserer Drucke, sondern so, dass die erste Hälfte das sog. Tübinger Rechtsbuch darstellt — Flach nennt sie Collection A — und die zweite Hälfte den grössten Theil[1]) des übrigen Petrus — Flach nennt sie Collection B. Dagegen ist ein weiteres Pariser Manuscript, f. lat. 1730, oder sein Archetypus, aus den beiden Collectionen A und B unter Zufügung von sechs weiteren Capiteln so zusammengesetzt, dass ein Copist nach einer ihm vorgeschriebenen, etwa durch eine Tabelle der Anfangsworte ihm bezeichneten systematischen Anordnung

---

[1]) Einige — 8 — Capitel unseres Petrus finden sich weder hier noch dort; vgl. S. 205 und S. 220 Anm. 1.

die Stücke der beiden Sammlungen vermischt abschrieb, so dass so im wesentlichen unser Petrus entstand: aus Fehlern und Flüchtigkeiten wird dieser Vorgang überzeugend reconstruirt. Da nun auch der Text von 1730 sich vielfach als der beste und präciseste herausstellt (S. 210), so liegt die Annahme nahe, dass er die Urform derjenigen systematischen Zusammensetzung verschiedener Sammlungen darstellt, welche wir als Petri Exceptiones kennen. In Folge dessen gewinnt es aber wieder besondere Bedeutung, dass MS. Nr. 1730 im Prolog nicht hat „Odiloni", sondern „Saxiloni"; und nicht „Valentinae", sondern „Florentinae" civitatis; sowie dass in ihm fehlt die berühmte Bemerkung: possessionem quam in Galliae partibus appellamus honorem: denn damit scheiden die wichtigsten für den französischen Ursprung des Petrus geltend gemachten Symptome aus: ein Ursprung, welcher Flach auch sonst (S. 198) nicht wahrscheinlich erscheint. Im übrigen bedarf es, so schliesst Verfasser, weiterer handschriftlicher Studien; das hier Mitgetheilte zeigt nur, wie misslich es ist, ehe diese vollständig erledigt sind, sich ein Urtheil zu bilden; namentlich wird Rücksicht auf weitere Zersetzung des Petrus in seine Quellen und wieder dieser in ihre Elemente, als welche sich etwa Excerptensammlungen ergeben mögen, zu nehmen sein; zu diesem Behufe giebt Flach noch einige Winke und verweist namentlich auf ein Cambridger Manuscript.

Der genauen Schilderung dieses letzteren Sammelbandes, O. 7. 40, ist die dritte Abtheilung gewidmet. Seine Schrift ist nirgendwo älter als die Mitte des 13. Jahrhunderts; von juristisch interessanten Stücken enthält er zunächst, was Conrat entgangen war, die Epitome exactis regibus mit einem längeren, durch Flach zum Abdruck gebrachten, stark an das 4. Capitel des dem Placentin zugeschriebenen Tractates de varietate actionum erinnernden Prolog; ferner verschiedene kleinste Bruchstücke aller Art, betreffend römisches und kanonisches Recht; eine Reihe tralaticischer Definitionen; die Distinctiones Hugonis; und endlich die Sammlung A zu den Exceptiones des Petrus (d. h. also das Tübinger Rechtsbuch), an welche sich noch einige Excerpte und Fragmente anschliessen.

Den Eindruck aus allen diesen Studien und Lectüren fasst Verfasser folgendermassen nicht unzutreffend schliesslich, S. 327, zusammen:

„Es scheint im 11. und 12. Jahrhundert" (— nicht auch schon in den vorhergehenden? —) „eine juristische Masse unpersönlicher anonymer Natur umhergetrieben zu haben, welche gewissermassen im öffentlichen Eigenthum stand und aus welcher jeder unbedenklich schöpfte. Dieser gemeinsame Grundstock war gebildet und genährt aus antiken Elementen (römische Gesetze in vollständigem oder zersetzten, erkennbarem oder der Prägung beraubten Zustand, Definitionen etc.) und aus gleichzeitigen oder neuen Elementen (Glossen, Summen, Distinctionen, Prologen etc.) Der Unterschied zwischen diesem Grundstock und der Idee, welche man sich von der „Manier" der Glossatoren gemacht, dem Typus, welchen man als denjenigen der Glossatoren festgestellt hatte (als ob diese Manier unmittelbar alles erobert und überschwemmt hätte, in Italien und ausserhalb!), hat bewirkt, dass

Werke für vorbononiensisch genommen wurden, welche einfach jenem Grundstock entnommen waren (was namentlich von dem Petrus zutreffen mag); dieser Unterschied hat bewirkt, dass man diese Schriften als vermittelnd zwischen der Wissenschaft des 6. und der Wiederauferstehung am Ende des 11. Jahrhunderts angesehen hat, während sie nur eine unmittelbare Folge dieser Wiederauferstehung waren."

Ernst Landsberg.

Hans Paalzow, Zur Lehre von den römischen Popularklagen. Berlin 1889. 54 SS.

Eine Neubearbeitung der Lehre von den Popularklagen musste nothwendiger Weise den epochemachenden Aufsatz von Bruns (Zeitschrift f. Rechtsgesch. Bd. 3 S. 341 ff.) zum Ausgangspunkte nehmen. In der vorliegenden Abhandlung ist dies auch durchaus geschehen, aber der Verfasser gelangt in vielen Beziehungen zu Ergebnissen, welche den von Bruns gewonnenen widersprechen. Nach einer Darlegung des Sach- und Streitstandes (I) bestimmt P. den römischen Begriff actio popularis abweichend von Bruns unter Einschluss der gesetzlichen popularen Strafklagen, aber unter Ausschluss der interdicta popularia (II). Er behandelt sodann eingehend die prätorischen actiones populares, vertheidigt entgegen Bruns deren procuratorische Natur (III) als völlig vereinbar damit, dass (regelmässig) die ganze Klagsumme an den Kläger fällt (IV), und führt aus, dass diese actiones populares, richtiger die Vorrechte der Privatinteressenten auf ihre Anstellung, in der Regel vererblich seien (V). Solche Vererblichkeit wird für die gesetzlichen popularen Strafklagen, die übrigens nur kurz berührt werden, verneint, weil bei ihnen derartige Vorrechte nicht stattfinden (VI). Als den actiones populares „verwandte Bildungen" bespricht P. in Kürze die interdicta popularia zum Schutze der res publicae, Rechtsmittel, deren procuratorische Qualität ihm zweifelhaft ist, und welche er als durch ihre reipersecutorische Natur von den actiones populares im eigentlichen Sinne geschieden ansieht, ferner die Klage de collusione detegenda, die accusatio suspecti tutoris, die assertio in libertatem, das interdictum de libero homine exhibendo und einige ähnliche Erscheinungen des Strafprocesses (VII). Die Entstehung der Popularklagen anlangend, so hält der Verfasser dafür, dass sie „in erster Linie auf die im letzten Jahrhundert der Republik, besonders seit der Zeit der Gracchen, rasch zunehmende Durchtränkung des römischen Gemeinwesens mit demokratischen Elementen zurückzuführen" seien (VIII), wie umgekehrt in der späteren Kaiserzeit vermuthlich „in Folge der veränderten Staatsverfassung ihre Zahl sich verringert hat", während freilich noch Justinian zwei ähnliche Rechtsmittel, die populare Klage auf Erfüllung von Vermächtnissen ad pias causas und diejenige auf Rückzahlung des Spielgewinnes, neu einführte (IX).

Bei Untersuchung des quellenmässigen Begriffes actio popularis verkennt P. nicht, dass das Ergebniss derselben kein Präjudiz dafür schafft, was wir heute für die Zwecke wissenschaftlicher Betrachtung als Popularklagen zusammenfassen dürfen, und in diesem Sinne ist allerdings „die Frage, welche Klagen die Römer actiones populares genannt haben, von verhältnissmässig untergeordneter Bedeutung“ (S. 12). Keinen Grund für diesen Satz ergiebt dagegen die richtige Beobachtung, dass der Ausdruck actio popularis nicht der Gesetzessprache, sondern der Jurisprudenz angehört und wohl erst in der Kaiserzeit entstanden ist (S. 12). Uebrigens aber — und das ist von Bruns S. 386 f. schärfer als von P. betont — hat die Antwort auf jene Frage doch den nicht zu unterschätzenden Werth, festzustellen, auf welche Rechtsmittel — Gegenbeweis aus dem einzelnen vorbehältlich — wir die allgemeinen Aeusserungen der Quellen über actiones populares anzuwenden haben.

Soviel nun die gesetzlichen popularen Strafklagen angeht, bei denen die Urtheilssumme an Staat oder Gemeinde fällt, so hatte Bruns S. 387 nicht sowohl deren populare Natur als vielmehr ihre Eigenschaft als actio im Sinne des ius persequendi iudicio, quod sibi debetur, in Abrede genommen, und auf diesen Zweifelspunkt geht P. in seiner Polemik gar nicht ein. Richtig dürfte allerdings sein, dass in juristischen Bearbeitungen — deren wir so gut wie nichts haben — solche gesetzliche Strafklagen actiones populares hätten genannt werden können (S. 12); denn dass es in der Kaiserzeit zulässig war, sie als actio zu bezeichnen, lehren die Stadtrechte von Salpensa und Malaca, welche sie regelmässig mit den Worten: actio petitio persecutio esto einführen, sowie die Art, in welcher Callistratus (fr. 3 pr. D. 47, 21) die Strafbestimmung der lex Mamilia wegen Grenzverrückung referirt: eius actionem petitionem ei qui volet esse iubet (lex). Ob aber schon die lex Mamilia selbst hier actio gebrauchte, bleibt zweifelhaft (vgl. Bruns S. 363[78]), zweifelhaft auch, ob gleicher Sprachgebrauch bereits dem Urtext der lex col. Iul. Genet. angehört (vgl. neuerdings Wlassak, Processgesetze S. 81 f.), sicher, dass die lex Iul. municip. ihn noch nicht hat, sondern nur petitio verwendet. Allein, wie dem auch sei, so hat Bruns sehr richtig empfunden, dass actio (ei est qui volet), angewandt auf Klagen, bei denen die Klagsumme an die öffentliche Casse fiel, ganz etwas anderes bedeutet als bei den prätorischen Popularklagen, bei welchen das Geld in die Tasche des Klägers floss: dort nur die Befugniss der Beitreibung zu fremden Gunsten, hier den materiellen Anspruch auf die Strafsumme. Das ist — entgegen dem Verfasser S. 46 — ein sehr wesentlicher Unterschied, und es dürfte mit Bruns, umsomehr als der ganze Digestentitel de pop. act. nur aus Edictscommentaren zusammengestellt ist (Bruns S. 386), daran festzuhalten sein, dass die Aussprüche der Digesten über actiones populares im Zweifel auf die gesetzlichen Strafklagen nicht mitzubeziehen sind.

In Betreff der Interdicte steht fest, dass sie zu den actiones im weiteren Sinne gehören (Ulp. fr. 37 pr. D. 44, 7), also hindert auch nichts, die interdicta popularia als actiones populares zu bezeichnen, wie auch von Paullus in fr. 42 pr. D. 3, 3 unzweideutig geschieht.

Richtig bleibt freilich, dass in engerem, häufigerem Sprachgebrauch actio das Interdict und somit actio popularis das interdictum populare ausschliesst, und dass die reipersecutorische Natur der Popularinterdicte einen tiefgreifenden Unterschied zwischen ihnen und den popularen Strafklagen begründet, man also nicht ohne weitere Prüfung etwas von den actiones populares in den Quellen Gesagtes auf die interdicta popularia übertragen darf [1]).

Den wichtigsten Theil der weiteren Ausführungen des Verfassers bilden diejenigen über die Vererblichkeit der prätorischen actiones populares im engeren Sinne. Diese Frage, welche von Codacci-Pisanelli (Arch. giur. v. 33 p. 335 sqq.) zuerst genauer ins Auge gefasst ist, hat P. entschieden gefördert. P. erkennt an, dass die actiones populares nicht zu den bona gehören (S. 37 ff., S. 41 f.). Er bemerkt mit Recht, dass dies mit der Verurtheilung zu Gunsten des Klägers durchaus verträglich ist, und hätte hinzufügen können, dass ja auch die actio iniuriarum nicht zu den bona des Berechtigten gehört (fr. 28 D. 47, 10, fr. 2 § 4 cf. § 1 D. 37, 6).

Allein von Lassalleschen Gedanken über die Stellung des Erben ausgehend (S. 30 ff.), meint P. gleichwohl, dass der Erbe dessen, der als Privatinteressent ein Vorrecht auf Anstellung einer Popularklage hat, in dieses Vorrecht succediren könne (S. 38 f.). Den allgemeinen Ausführungen, auf welche diese Folgerung sich stützt, vermag Referent nicht beizutreten. Es wird immer ein blosses Bild bleiben, dass in dem Erben der Wille des Verstorbenen fortlebe (S. 31), dass er die Persönlichkeit des Erblassers fortsetze (S. 36), und wenn der Verfasser (S. 31) mit Hölder (Zur Gesch. des röm. Erbrechts S. 34) sagt, der Erwerb der Activen des Nachlasses durch den Erben sei nur eine zufällige Nebenwirkung seines Einstehens für den Verstorbenen, so ist das mindestens eine Uebertreibung. Richtig aber ist, dass der heres des römischen Rechts nicht nur in das Vermögen des Erblassers eintritt, dass insbesondere das ius sepulchri auf den Erben übergeht, aber, weil kein Vermögensrecht, dem Fiduciar bei Restitution der Erbschaft, dem abstinirenden suus, dem indignus verbleibt (S. 36, vgl. Pernice, Sitzungsber. der Berl. Acad. 1886 S. 1200 f.), dass umgekehrt (entgegen Pernice a. a. O. S. 1201) die Enterbung grundsätzlich auch von dem ius sepulchri ausschliesst und nur humanitatis gratia der Enterbte ein beschränktes Begräbnissrecht: tantum sepeliri, non etiam alios praeter posteritatem suam inferre, behält (fr. 6 pr. D. 11, 7, S. 37). Nur ist nicht beachtet, dass dieses beschränkte Recht nicht bloss bei ungerechtfertigter, sondern bei jeder Enterbung bestehen bleibt und nur durch eine speciell hierauf gerichtete Verfügung aus gerechtem Grunde genommen werden kann; nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit (fr. 6 cit.), ebenso wie der Erblasser durch eine besondere Verfügung auch den Erben die Benutzung des Grabmals untersagen kann (fr. 3 § 3 D. 47, 12). Wie das ius sepulchri, so geht

[1]) Vgl. über die Popularinterdicte jetzt auch Ubbelohde, Die Interdicte des römischen Rechts I. Theil, Erlangen 1889, S. 40 ff.

die actio sepulchri violati, trotzdem sie eine sog. actio vindictam spirans ist (S. 39 ff.), auf die Erben über, aber weil sie non ad rem familiarem pertinet (fr. 6 D. 47, 12), so ist ihre Anstellung keine Einmischung in die bona hereditaria. So legt P. S. 32 ff. fr. 20 § 5 D. 29, 2, fr. 10 D. 47, 12 richtig aus; vgl. besonders die Worte per hereditatem optigit haec actio (fr. 10 cit.). Es ist auch in der That gerade bei einer Popularklage nicht recht abzusehen, warum sie durch den Tod des unmittelbar Verletzten untergehen sollte; denn wenn sie auch poenam et vindictam continet (fr. 20 § 5 cit.), so nimmt sie doch nicht bloss die Genugthuung des Verletzten, sondern auch das öffentliche Interesse wahr.

Vererbung der actio sepulchri violati kann aber nur heissen: Vererbung des den Interessenten zustehenden Vorrechts auf Anstellung der Klage (S. 38 f.). Genauer freilich sagte man wohl noch, dass der Erbe des Interessenten ebenso bevorrechtet ist wie dieser selbst, weil dasjenige Verhältniss, durch welches das Vorrecht begründet wird — hier das ius sepulchri —, durch die Erbfolge auf ihn übergegangen ist. Es ist nunmehr der Erbe derjenige, ad quem res pertinet (fr. 3 pr., fr. 6 D. 47, 12), andererseits freilich ist er ebenso wie der Erblasser der Prävention Dritter ausgesetzt (fr. 6 cit.). Dass man aber nicht quellenwidrig handelt, wenn man dieses eigenartige Verhältniss Vererbung der actio sepulchri violati nennt, ist nach fr. 10 cit. nicht zu bezweifeln.

Hat man nun in Gestalt der actio sep. viol. ein sicheres Beispiel einer im obigen Sinne vererblichen actio popularis, so ist auch keine Veranlassung, an dem klaren Zeugniss des fr. 5 § 13 D. 9, 3 durch Textänderung oder künstliche Interpretation zu rütteln. Die Stelle sagt von der actio de positis et suspensis: ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit. Diese Worte sind zwar wahrscheinlich interpolirt (S. 44[1], S. 52 f.), beweisen aber darum nicht weniger, dass die actio de pos. et susp. — in demselben Sinne wie oben — vererblich war (S. 29. 35). Zwar findet Bruns (S. 384) hier die Vererblichkeit besonders auffallend, weil diese Klage eingetretenen Schaden nicht voraussetze, daher selten Vorrechte möglich seien, welche sich vererben könnten. Allein die Klage ist doch auch bei eingetretenem Schaden begründet (fr. 5 cit. § 11 i. f.), und dann ist das Vorrecht gegeben.

Es ist dem allen nach auch durchaus plausibel, wenn P. S. 34 das vielumstrittene fr. 7 D. 47, 21 dahin auslegt, dass die Popularklagen, d. h. die Klagevorrechte, als nicht zu den bona gehörig auf den Universalfideicommissar nicht übergehen, sondern vielmehr bei dem Erben verbleiben. Die similes personae des fr. 5 § 13 cit. brauchen den Universalfideicommissar nicht mit zu umfassen. Codacci-Pisanelli S. 342 ff. giebt eine ähnliche Interpretation des Fragments, bezieht dasselbe aber auf die Zeit nach der Litiscontestation. Allein der Inhalt der Stelle zwingt dazu nicht, und — so bemerkt Bruns S. 382 für die Regel zweifellos richtig — „wo die Römer von Klagen im allgemeinen und namentlich von ihrer Vererbung sprechen, sind darunter die Klagen vor der Litiscontestation zu verstehen".

Weniger glücklich ist der Verfasser (S. 42 ff.) in der Hebung der Schwierigkeiten, welche sich aus fr. 5 § 5 D. 9, 3 ergeben. Ulpian sagt dort von der actio de effusis et deiectis wegen Tödtung eines Freien: neque [in heredem datur neque heredi similibusque] personis. nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus hanc actionem ex pluribus desiderantibus ei potissimum dari debere, cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat. Von den Worten: nam est poenalis et popularis kann nur das letztere als Begründung dafür verwandt werden, dass die Klage dem heres und den ihm gleichstehenden Personen versagt ist. Wenn nun wirklich Ulpian „den Ausschluss der activen Vererblichkeit" mit der Popularität der Klage begründete, so käme P.s ganze Auffassung ins Schwanken. P. sucht deshalb die Worte: nam est poenalis et popularis als eine „recht ungeschickte" Interpolation darzustellen. Wiewohl nun u. E., wenn Ulpian die Worte: dummodo sciamus u. s. w. schrieb, welche die Popularität der Klage näher erläutern, er nothwendiger Weise vorher diese Eigenschaft derselben erwähnt haben musste, das Satzgefüge also durch Streichung der beanstandeten Worte nicht, wie P. will, besser, sondern entschieden schlechter wird, so soll doch nicht geleugnet werden, dass der ganze Paragraph Spuren starker Ueberarbeitung zeigt (S. 44[1]), und es wird sich dafür unten noch ein von P. nicht beachteter Grund ergeben. Die Frage ist aber von geringer Bedeutung; denn auch wenn der Satz: nam est poenalis et popularis von dem Classiker herrührt, so beweist er nichts gegen die Vererbung der Popularklagen im Sinne P.s. Der Verfasser übersieht zu seinem Schaden ganz, dass es sich hier gar nicht um Vererbung der Klage handelt — denn der Getödtete hatte sie doch nicht! — sondern um die originäre Bestimmung des Klageberechtigten. Dieser soll nicht der Erbe des Getödteten sein: nam sane absurdum accidet, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit (fr. 36 § 1 D. 9, 2); sondern die Klage ist popular mit Vorzug der an dem Fortleben des Getödteten Interessirten, sowie seiner Verwandten und Verschwägerten. Das zweite ist allerdings nicht der Grund, sondern bloss der Gegensatz des ersten, und insofern ist das nam inexact, was übrigens bekanntlich auch bei den Classikern nicht so selten ist. Die Frage der Vererbung der actio erhebt sich erst dann, wenn jemand, cuius interest, oder ein Verwandter oder Verschwägerter des Getödteten stirbt, und nun sein Erbe die Klage anstellen will. Im ersten Falle ist der Erbe um nichts weniger is cuius interest, weil sein Interesse durch Erbschaft vermittelt ist, und er hat zweifellos das Vorzugsrecht seines Erblassers; Ulpian sagt nichts dem Widersprechendes; im zweiten Fall hat er es ebenso zweifellos nicht, weil der Erbe nicht in die das Vorrecht begründenden Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse succedirt.

Ganz anders steht es um die actio de effusis et deiectis wegen Verletzung eines Freien. Bei ihr handelt es sich allerdings um die active Vererblichkeit der Klage, wenn Ulpian in derselben Stelle weiter sagt: sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario

competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

P. bemerkt dazu (S. 43), Ulpian gebe für die active Unvererblichkeit eine ausführliche Begründung, welche darauf hinauslaufe: ex bono et aequo oritur. Allein gerade diese Worte hat schwerlich Ulpian zu solcher Begründung verwandt. Denn was in aller Welt trägt es für die Unvererblichkeit einer Klage aus, dass sie auf Billigkeit beruht? Die Worte sind auch syntaktisch mit dem Vorigen schlecht verbunden. Der wahre Grund Ulpians ist mit aller Klarheit dem eigenartigen Gegenstande der Klage entnommen, und gerade diese Art der Begründung zeigt deutlich, dass die Popularität an und für sich die Unvererblichkeit nicht begründet, ein Gesichtspunkt, den P. für sich auszubeuten unterlassen hat. Uebrigens dürfte nach dem Zusammenhange — nec enim — und der zweimaligen scharfen Betonung des iure hereditario die Meinung nur die sein, dass den Erben des Verletzten als solchen nicht die bevorrechtigte actio perpetua zusteht, ebenso wie Beerbung des Getödteten kein Vorzugsrecht begründet, dass dagegen auch nach dem Tode des Verletzten innerhalb des annus von den Erben wie jedem Dritten die Klage erhoben werden kann. Solche populare Ahndung der Verletzung nach dem Tode ist nicht auffälliger als die populare Ahndung der Tödtung.

Dass bei denjenigen actiones populares, bei welchen, wie bei der actio de albo corrupto, ein bevorrechtigter Privatinteressent nicht vorkommt, auch von einer Vererbung der actio in keinem Sinne gesprochen werden kann, hat P. S. 39[a] zutreffend hervorgehoben.

Je bereitwilliger danach die tüchtige, selbständige Forschung P.s anzuerkennen ist, desto befremdlicher wirken elementare Verstösse, wie die Behauptung, dass mit der querela inofficiosi testamenti der Kläger nur seinen Pflichttheil erstreite (S. 37). Widerspruch fordert die Art, wie der Verfasser die Quellen anführt. Er giebt wiederholt den Text mit Abweichungen von der Ueberlieferung, ohne dieselben als eigene oder fremde Conjectur auch nur zu kennzeichnen: vgl. S. 32: fr. 20 § 5 D. 29, 2 (magis vor quam), S. 33: fr. 10 D. 47, 12 (tametsi statt tamen si), S. 39: fr. 16 D. 48, 2 (eum in publicis iudiciis gestrichen). Solche Kennzeichnung ist aber unerlässlich, auch dann, wenn, wie in den beiden letzten Fällen, ein Vorschlag in Mommsens Noten zur Ausführung gebracht wird. Dass die aurei in prätorischen Geldstrafen erst von Justinian an Stelle der milia sestertium gesetzt sind, steht doch jetzt wohl fest, hätte also beachtet werden müssen (S. 11. 23. 24. 25). Druck- und Schreibfehler dürfen — bei aller Toleranz — doch nicht so weit gehen, dass man des öfteren (S. 24 Z. 3, S. 31 Z. 17, S. 37 Z. 4 v. u., S, 44 Z. 7 auf Conjecturalkritik sich angewiesen sieht.

Kiel, März 1890. Th. Kipp.



